

LE CONTRAT,
MODE D'ACTION
PUBLIQUE ET DE
PRODUCTION DE
NORMES

Les considérations générales du Conseil d'État sur «Le contrat, mode d'action publique et de production de normes » ont été rédigées par M. Frédéric TIBERGHEN, rapporteur général de la section du rapport et des études, avec le concours de Xavier DOMINO, Jean-Marc ANTON, Brice BOHUON, Philippe RANQUET et Aurélie BRETONNEAU, auditeurs au Conseil d'État.

Elles ont été adoptées par l'assemblée générale du Conseil d'État le 13 mars 2008.

Tais AMORIM-CARDOSO, Marine CHANON, Sandra DESMETTRE, Marie PREVOT, Alice RICHARD et Aurélien HASSIN, stagiaires au Conseil d'État, ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport. Qu'ils en soient vivement remerciés.



Introduction

La place accrue du contrat dans le droit public français reflète les importants changements intervenus dans le contexte politique et économique des années 1970-2000 : la modification des rapports entre l'État et le marché, la construction européenne qui a encadré l'exercice de leurs compétences par les États membres et totalement appréhendé la matière des contrats administratifs, l'ouverture à la concurrence mondiale et la pénétration croissante du droit anglo-saxon qui privilégie le contrat par rapport à l'acte unilatéral, la décentralisation qui a installé de nouvelles sources de légitimité concurrentes de celle de l'État, les évolutions de notre propre système juridique comportant notamment la reconnaissance, depuis peu, de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle.

Cette ascension du contrat traduit aussi l'irruption du consumérisme dans la sphère administrative, comme dans le reste de la société. L'usager n'est, du moins le soutient-on, plus un être anonyme qu'on peut éconduire de derrière un guichet ou à qui on peut imposer des sujétions en ignorant ses réactions ou ses particularités. Mieux éduqué et mieux informé, doué d'une raison calculatrice, il est devenu une personne qui connaît plus précisément ses droits, entend les faire valoir et veut des réponses adaptées à sa situation ou à son cas particulier. L'État tutélaire et source d'obligations pour un citoyen anonyme est devenu un État Providence qui dispense ses bienfaits à des catégories sociales ou à des personnes ayant des besoins spécifiques. Le discours politique, pour corriger le déséquilibre des rapports entre le service public et l'usager, a dès lors volontiers recouru au vocabulaire contractuel : les chartes des droits, les engagements de service ont fleuri.

La contractualisation correspond à un nouveau style et à un nouveau registre de l'action politique et administrative se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l'autorité. L'État contemporain recherche l'adhésion des acteurs de préférence à l'action unilatérale, ce que les spécialistes de la gouvernance publique désignent de manière quelque peu euphorique comme la « coproduction » ou la « coconstruction » de la norme publique et de l'action publique.

Le Président de la République s'est clairement exprimé en ce sens lorsqu'il a tiré les conclusions du Grenelle de l'environnement le 25 octobre 2007 : « *Nous l'avons prouvé avec le Grenelle. Il faut avoir le courage de décider autrement. Il faut avoir le courage de changer les méthodes et de préférer la décision issue de la négociation plutôt que la décision issue de l'administration* ».

Cette nouvelle posture reflète, dans la sphère publique, la crise d'autorité qui a affecté les sociétés développées, avec notamment la remise en cause des institutions (famille, mariage, autorité parentale...) et des corps intermédiaires, et qui débouche sur un autre mode d'exercice du pouvoir et de l'autorité.



Le contrat a donc bonne presse : devenu synonyme de modernité, substituant la régulation au rapport de tutelle, libérant l'action administrative de ses rigidités, il apporterait une nouvelle légitimité à l'action administrative car, après tout, « *Le contrat (...) c'est la réforme permanente, c'est la démocratisation de l'action administrative (...)* »¹.

Se référant à l'autre versant de la tradition politique française, la suprématie de la loi, expression de la volonté générale, le Vice-président du Conseil d'État pouvait écrire en 2003 « *on ne saurait (...) élever l'administration contractuelle au rang de panacée. On ne peut pas gouverner par contrat. Il y a et il doit toujours y avoir une part de commandement qui s'exprime par l'ordre de la loi ou du règlement, le cas échéant, sous la menace de peines applicables en cas de manquement* »².

Le prestige dont jouit le contrat n'empêche de fait pas que l'annonce d'une loi demeure dans notre pays l'acte cathartique et l'outil privilégié de tout Gouvernement pour tenter de désamorcer les crises dans l'urgence.

Malgré cela, le contrat n'a cessé de gagner du terrain à la fois dans la gestion publique et dans l'élaboration de la norme juridique. Après avoir passé en revue cette dynamique contractuelle, le rapport du Conseil d'État entend apporter des éléments de réponse aux questions suivantes :

- l'ascension du contrat répond-elle à un simple phénomène de mode ou à de véritables nécessités ?
- pourquoi l'administration a-t-elle de nos jours besoin de recourir davantage au contrat ?
- à quoi sert exactement le contrat en droit administratif ?
- en quoi le contrat se distingue-t-il des autres normes ou modes d'action de l'administration ?
- dans quels cas est-il plus avantageux et plus efficace pour l'administration de recourir au contrat qu'à l'acte administratif unilatéral ?
- faut-il envisager de nouvelles extensions pour la sphère contractuelle, à quelles conditions et dans quelles limites ?
- est-t-il nécessaire de revoir la définition du contrat pour tenir compte de ses nouvelles fonctions et du droit communautaire ?
- quelles sont les actions prioritaires à conduire pour améliorer la sécurité juridique des contrats administratifs ?

1 - L. Richer, *AJDA*, 19 mai 2003, p. 973.

2 - R. Denoix de Saint Marc, « L'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 971.



Première partie

Un recours accru au contrat pour conduire l'action publique ou édicter des normes

« Il convient de penser un contrat naturel passé réellement entre les humains et les choses, entre la nature et les nations, comme jadis nous pensâmes un contrat social passé seulement dans les nations, c'est-à-dire entre les humains seuls ».

*Michel Serres,
Le contrat naturel, 1990.*

L'ascension du contrat est contemporaine d'une inflexion dans la posture de l'État. La France sort, dans les années 1970, d'une longue ère de dirigisme où un État centralisateur et planificateur édictait surtout des normes unilatérales, après ou sans concertation avec les forces vives de la nation, et focalisait l'action publique sur la réalisation des équipements collectifs.

Au cours des décennies 1970-2000, le contrat demeure d'usage courant dans ses domaines traditionnels d'élection depuis le XIX^e siècle, l'achat de prestations par les personnes publiques, la gestion du domaine et l'association à la gestion du service public à travers la concession, auxquels s'est ajouté plus récemment le recrutement de personnels.

Mais il s'étend aussi à des champs totalement nouveaux, parfois au prix d'abus de langage. Il commence en effet à être utilisé pour régler les rapports entre une personne publique et des catégories d'usagers toujours plus larges, puis les rapports entre personnes publiques ou au sein d'une même personne publique. Il couvre désormais des domaines aussi vastes que le droit social, le droit économique, l'aménagement du territoire, l'éducation, le sport et la culture, et même les relations internationales.

Cette extension de la sphère contractuelle à de nouveaux domaines s'est effectuée, selon Laurent Richer³, en trois périodes : la phase de l'économie contractuelle (1960-1982), la phase de l'administration territoriale (1982-1992) et la phase du tout contractuel (1992-2002), cette dernière ayant donné lieu à une littérature très abondante.

Même s'il est tentant de figer l'histoire, la dynamique d'extension de la sphère contractuelle n'est sans doute pas encore parvenue à son terme. La pensée de l'écologie et la percée des préoccupations de développement durable conduisaient ainsi Michel Serres à concevoir dès 1990 un nouveau contrat implicite ou

3 - L. Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, p. 973.



virtuel, le contrat naturel⁴, sous-jacent à la vie collective comme l'est le contrat social de Rousseau. C'est la raison pour laquelle, afin de retracer cette dynamique dont on n'entrevoit pas encore la fin, l'approche matérielle par domaine a été préférée à une approche purement historique.

L'inventaire ci-dessous ne prétend pas à l'exhaustivité. Il vise seulement à rendre compte d'une tendance et à baliser les terrains conquis par le contrat. S'il concerne principalement le droit public, il s'autorise quelques incursions dans le droit privé⁵. Le dresser de manière totalement rigoureuse et fiable supposerait de disposer d'une définition claire du contrat et d'une terminologie communément acceptée. Comme ce n'est pas le cas, les questions de la définition du contrat (cf. 7), de la typologie (cf. 7.4.1) et de la terminologie (cf. 13.4.1) contractuelles sont renvoyées à plus tard. L'explorateur doit accepter d'entrer dans la jungle contractuelle avec comme seuls outils son courage et son sens de l'orientation pour s'y frayer vaille que vaille un chemin.

1. Le contrat, mode d'exercice des compétences des collectivités publiques

État et collectivités territoriales recourent au contrat pour gérer leurs opérations quotidiennes : acheter des biens ou services, organiser le service public et réaliser des infrastructures, recruter du personnel. Phénomène plus récent, ils l'utilisent aussi pour piloter l'action administrative et expérimenter de nouvelles règles de droit ou de nouvelles politiques publiques.

1.1. Gérer des moyens

Les lois du 10 août 1871 sur le département et du 5 avril 1884 sur la commune organisent de manière détaillée le recours aux procédures contractuelles par ces collectivités. Fortes de leur autonomie, celles-ci se sont mises, au même titre que l'État, à passer toute une variété de contrats : marchés de fournitures ou de travaux, occupation du domaine public et conventions de gestion de biens, concessions et délégations de service public, etc. Le champ couvert par le contrat dans la gestion quotidienne des administrations est vaste.

4 - La nature dans un monde fini devient, pour Michel Serres, objet et sujet de droit à la fois. Son usage se contractualisera à son tour un jour, selon lui. Ce contrat sera-t-il seulement un contrat politique, sera-t-il un contrat administratif, un contrat de droit privé ou un contrat collectif d'un genre nouveau ?

5 - Il sera beaucoup question de droit du travail pour des raisons expliquées plus loin. On n'évoquera en revanche ni le droit de la consommation ni, hormis le logement social, les rapports entre propriétaires et locataires, qui mériteraient pourtant tous deux des développements particuliers.



1.1.1. Acheter des biens, des services ou des travaux : les marchés publics

Le marché public illustre l'une des fonctions principales et les plus anciennes du contrat : le contrat comme outil ou support de l'échange marchand⁶, souvent dénommé contrat-échange⁷. **Le marché public consiste en effet pour l'administration à se procurer les moyens de son action, à acheter en payant un prix.**

Le recours au contrat est ancien pour l'achat de biens, de fournitures ou de services : un décret du 10 brumaire anIV prévoit l'adjudication pour les travaux des hospices et établissements de charité. Il a justifié en partie la création de la juridiction administrative par la loi du 28 pluviôse anVIII : le conseil de préfecture se voit reconnaître la compétence pour se prononcer « sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés »⁸. Cette compétence a été étendue aux marchés de fournitures de l'État par un décret du 11 juin 1806.

Une ordonnance du 4 décembre 1836 impose la mise en concurrence des fournisseurs. La place de la commande publique se renforce au XIX^e siècle, époque où l'adjudication au moins-disant devient le mode normal d'attribution des marchés de l'État et des collectivités locales, qu'il s'agisse de travaux, de fournitures ou de transports (décret du 18 novembre 1882). Dès cette époque, la réglementation des marchés publics consiste essentiellement à déterminer la procédure applicable aux achats publics et à enserrer dans des contraintes formelles la liberté de choix du cocontractant par l'administration (cf. 7.2.2).

Aujourd'hui, les transactions faisant l'objet de marchés publics représentent plus de 8 % du PIB⁹. Leur rôle dans l'économie nationale est devenu si important qu'ils sont parfois assimilés à un levier de politique publique, spécialement en direction des petites et moyennes entreprises¹⁰.

6 - Le marché public est un achat effectué pour répondre aux besoins de la collectivité et se caractérise par l'acquiescement d'un prix (CE, 11 décembre 1983, *Ville de Colombes*, rec. p. 812 ; A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^e édition, 1983), ce qui le distingue fondamentalement des délégations de service public (cf. 1.2.1). Sur cet élément essentiel de la définition du marché public, voir également A. Ménéménis, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA*, 2006, p. 120.

7 - J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 194, 1987.

8 - Un autre contentieux particulier relatif à l'exécution de travaux publics est administratif par nature : celui des offres de concours. La doctrine et la jurisprudence considèrent toutefois que l'offre de concours constitue un engagement unilatéral et lui refusent tout caractère synallagmatique.

9 - Ch. Debbasch, F. Colin, *Droit administratif*, Economica, p. 456.

10 - Les États-Unis, à travers leur « *Small business act* » (SBA) qui favorise l'accès des PME à la commande publique et leur développement, ont ouvert une voie que l'Union européenne s'apprête à suivre : la Commission européenne envisage l'élaboration d'un SBA européen en 2008 (*AJDA*, 2007, p. 2173). Les propositions du rapport Stoleru de décembre 2007 ne retiennent pas en revanche cette idée pour la France (*AJDA*, 2007, p. 2344). À cet égard, il est important de souligner que le Conseil d'État vient de censurer les dispositions du code des marchés publics 2006 qui opéraient une discrimination positive en faveur des PME (CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP*, *AJDA*, 2007, p. 1593, note J.-D. Dreyfus). Sur cette question, voir aussi P. de Baecke, « Comment améliorer encore l'accès des PME à la commande publique ? », *AJDA*, 2007, p. 1505.



Le recours au contrat pour acheter des prestations gagne sans cesse en étendue : les prestations intellectuelles ou de conseil font désormais partie des achats courants de l'État. On voit même des contrats passés avec des cabinets de conseil juridique pour élaborer la norme de droit ¹¹.

Grâce à la création de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP) ¹² et aux données qu'il fournit, les caractéristiques et l'évolution récente des marchés publics sont mieux connues. Le nombre de marchés recensés baisse, de 194 004 en 2004 à 178 735 en 2006, principalement ceux de moins de 90 000 euros : de 139 101 en 2005 à 123 227 en 2006. Cette diminution affecte surtout les marchés locaux : 157 959 contre 171 761. Si le nombre de marchés baisse, leur montant progresse : ils représentent plus de 59 milliards d'euros en 2006 contre un peu plus de 42 milliards en 2005. Y contribue principalement la hausse du nombre de marchés de plus de 50 millions d'euros, qui passe de 37 en 2004 à 87 en 2006, pour un montant progressant de 6 à 18 milliards d'euros. Les marchés de l'État, notamment de fournitures et services, assurent l'essentiel de la hausse, passant de 9 milliards à plus de 27 milliards d'euros. La majorité des marchés notifiés le sont par le secteur public local (157 906 contre 20 829 pour l'État), leur valeur dépassant légèrement celle des marchés passés par l'État (32 milliards contre 27).

Depuis les années 1990, les marchés publics sont en outre encadrés par le droit communautaire dérivé : une directive de 1992 et trois directives de 1993, profondément remaniées en 2004 ¹³, font application des principes du traité de l'Union européenne (TUE) à la commande publique, à savoir la non-discrimination en raison de la nationalité, la liberté de circulation et la liberté de prestation de service d'où découle une obligation d'égalité de traitement, de libre accès et de transparence de la commande publique (cf. 10.1.1.3). Le code des marchés publics (CMP) a été modifié à trois reprises en six ans (2001, 2004 et 2006), la dernière fois afin de le rendre compatible avec les nouvelles exigences

11 - Le recours aux banques conseil pour accompagner les privatisations ou aux grands cabinets de consultants pour mener les audits liés à la révision générale des politiques publiques fournit deux autres exemples du développement récent de ces prestations : l'État n'utilise plus uniquement ses ressources humaines internes pour exercer ses missions stratégiques et n'hésite plus à les sous-traiter en tout ou partie.

12 - Recensement des marchés notifiés en 2006 consultable sur le site internet de l'OEAP : www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/oeap/recensement/1_Proc_2006.pdf

13 - Pour un commentaire sur ces directives, voir *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, 2002, p. 286. La dernière refonte du code des marchés publics a eu pour objet d'achever la transposition des deux nouvelles directives (n° 2004/17 et n° 2004/18, CE du 31 mars 2004) : la directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ainsi que la directive portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. C'est en application de la directive « recours » de 1989 qu'a été introduit le référé précontractuel (cf. 7.2.3). Une nouvelle directive, la directive 2007/66/CE du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2007, a modifié les directives « recours » de 1989 et de 1992 et devra être transposée en droit interne avant le 20 décembre 2009.



communautaires¹⁴. Signe du caractère encore très récent de l'interpénétration du droit national et du droit communautaire en cette matière, ce dernier a été transposé par deux instruments juridiques distincts :

- le code des marchés publics applicable aux marchés de l'État, de ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics¹⁵ ;
- l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 et ses deux décrets d'application (n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 et n° 2005-1742 du 30 décembre 2005) qui régit les marchés passés par les personnes publiques ou privées qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices au sens des directives de 2004 mais qui ne relèvent pas du CMP.

1.1.2. Gérer le domaine

La plupart des actes de gestion (locations...) ou de disposition relatifs au domaine privé des collectivités (ventes en l'état futur d'achèvement, cessions...) empruntent la forme du contrat de droit privé.

Dans la gestion de leur domaine public, les collectivités publiques recourent en revanche à l'ensemble des prérogatives reconnues à la puissance publique, notamment aux règlements de police et aux contraventions de grande voirie. Les conditions d'occupation du domaine public sont quant à elles fixées indifféremment dans des actes unilatéraux ou des contrats. Elles faisaient plutôt appel jusqu'à un passé récent à des actes unilatéraux, autorisations d'occupation du domaine public essentiellement¹⁶. En effet, l'inaliénabilité du domaine a longtemps été considérée comme interdisant la constitution de droits réels sur

14 - Les marchés publics sont également soumis à d'autres règles internationales, par exemple aux seuils internationaux définis dans l'accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). De même, ils sont soumis à la convention n° 94 de l'OIT sur les clauses de travail, ratifiée par la France en 1951, qui prévoit d'appliquer les conditions les plus favorables résultant, dans une région donnée, de la combinaison de la loi et des conventions collectives. Alors que les articles 117 à 121 du code des marchés publics de 1964 assuraient la pleine application de cette convention aux fournisseurs et sous-traitants de l'administration, les codes plus récents, notamment celui de 2006, ne prévoient plus l'insertion de clauses de travail dans les marchés publics. La commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT a donc demandé au Gouvernement français, dans son rapport public 2007 (p. 484), de prendre les mesures pour assurer de nouveau la pleine application de la convention. Le rapport 2008 a repris la constatation de ce retour en arrière (Conférence internationale du travail, 97^e session, 2008, « Les clauses de travail dans les contrats publics », n° 54, p. 19).

15 - Le code distingue une première partie consacrée aux marchés passés par les personnes publiques quand elles ont la qualité de pouvoirs adjudicateurs, la seconde aux marchés passés par les mêmes personnes quand elles exercent une des activités d'opérateurs de réseaux définies à l'article 135 dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des services postaux, et qu'elles ont par suite la qualité d'entités adjudicatrices. Cf. A. Ménéménis, « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », *AJDA*, 2006, p. 1754.

16 - Il en va ainsi par exemple pour les titulaires d'une autorisation d'utilisation de fréquences dédiées à la téléphonie mobile de troisième génération délivrées par l'autorité de régulation des télécommunications (ART), devenue l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Délivrées pour une durée de vingt ans, ces autorisations comportent une série de conditions fixées dans un cahier des charges annexé à l'autorisation (article 36 de la loi de finances pour 2001) et emportent le paiement d'une redevance pour occupation privative du domaine public de l'État.



celui-ci¹⁷. En découle le caractère précaire des droits de l'occupant du domaine public qui est susceptible d'en être expulsé à tout moment, sans délai. Mais ces conditions d'occupation sont de plus en plus souvent fixées dans des actes contractuels (baux emphytéotiques administratifs, conventions d'occupation du domaine public...).

L'article 13 de la loi n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation¹⁸ permet aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics¹⁹ (à l'exclusion de l'État) de conclure des baux emphytéotiques administratifs²⁰ d'une durée variant de 18 à 99 ans. Cette reconnaissance de droits réels sur le domaine public nécessite l'accomplissement pour le compte de la collectivité d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général²¹.

Les conventions d'occupation du domaine public consenties par les collectivités publiques ou leurs concessionnaires sont des contrats administratifs par nature. Comme telles, elles sont soustraites aux règles de droit privé issues notamment de la législation sur les baux commerciaux ou les baux à ferme et aux servitudes du code civil. Le décret-loi du 17 juin 1938 attribue leur contentieux à la juridiction administrative.

Le recours au contrat permet de mieux mettre en valeur la propriété publique et d'associer le propriétaire public à la performance économique de l'occupant, mais aussi de transformer une autorisation par nature précaire et révoquable à tout moment dans l'intérêt public en occupation stable et garantie, c'est-à-dire de conforter les droits de l'occupant ayant besoin de visibilité pour déployer son activité économique²². La reconnaissance de droits réels au profit de l'occupant domanial découle de la loi n°94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits

17 - Dans l'arrêt *Eurolat*, le Conseil d'État a affirmé « l'incompatibilité avec les principes de la domanialité publique » de clauses de conventions qui comportaient l'attribution, par un bail emphytéotique, de droits réels sur le domaine public (6 mai 1985, « Association Eurolat et Crédit foncier de France », rec. p. 141, *RFDA*, 1986, p. 21, concl. B. Genevois, *AJDA*, 1985, p. 620, note J. Moreau et E. Fatôme).

18 - Codifiée aux articles L. 1311-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

19 - L'article L. 1311-4 du code général des collectivités territoriales prévoit que « les dispositions des articles L. 1311-2 et L. 1311-3 sont applicables aux établissements publics des collectivités territoriales et aux groupements de ces collectivités ».

20 - Ces contrats sont par exemple utilisés lorsqu'une commune souhaite rénover un stade, en abandonnant au club sportif les risques de construction et d'exploitation de celui-ci (cf. 5.3). Sur ce contrat, voir CE, Sect., 25 février 1994, *SA Sofap-Marignan Immobilier*, rec. p. 94, *RFDA*, 1994, p. 510, concl. J. Arrighi de Casanova et l'avis des sections de l'intérieur et des travaux publics du 31 janvier 1995, *EDCE*, n° 47, p. 407. Un avis de la section sociale du 16 juin 1994 (*EDCE*, 1994, p. 367) souligne que ce bail ne constitue par lui-même ni un marché public ni, en cas de mission limitée du preneur, une délégation de service public.

21 - Une ordonnance du 4 septembre 2003 a également étendu aux établissements hospitaliers la possibilité de conclure des baux emphytéotiques sur leur domaine.

22 - R. Rézenthel, « Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public », *AJDA*, 2001, p. 1025.



réels sur le domaine public et a été renforcée par le code général de la propriété des personnes publiques²³.

L'acte relatif à l'occupation du domaine public s'insère parfois lui-même dans un rapport contractuel plus large. Ainsi l'article L. 224-2 paragraphe II du code de l'aviation civile²⁴ prévoit que la société Aéroports de Paris (ADP) et tout exploitant d'aérodrome civil appartenant à l'État concluent avec ce dernier un contrat pluriannuel d'une durée maximale de cinq ans. Ce contrat détermine les conditions d'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires, en tenant compte notamment des prévisions de coûts, de recettes, d'investissements ainsi que d'objectifs de qualité des services rendus par l'exploitant. Ce contrat, qui précise l'évolution du montant de la redevance d'occupation du domaine, s'incorpore lui-même au contrat de concession d'aérodrome conclu par l'État.

1.2. Organiser le service public et faire réaliser ou gérer des infrastructures

La délégation de service public (DSP) répond à un régime juridique qui diffère sensiblement de celui qui s'applique aux marchés publics. Elle permet à l'administration de confier l'exploitation du service public à un tiers. Le contrat de partenariat, apparu plus récemment, lui apporte en outre la possibilité de se procurer les moyens nécessaires au fonctionnement de services publics dont elle conserve la responsabilité.

1.2.1. La délégation de service public

• La délégation de service public (DSP) est une notion récente en droit administratif, consacrée par les lois n°92-125 des 6 février 1992 d'orientation relative à l'administration territoriale de la République²⁵ et n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Apparue en jurisprudence à la fin des années

23 - Les articles L. 2122-6 et suivants du code disposent : « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions, installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre (...) ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation... les prérogatives et obligations du propriétaire ». Sur cette question, voir aussi la décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, rec. p. 96 et l'avis du Conseil d'État du 31 janvier 1995 (*Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 33, p. 343).

24 - Dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports : « Pour Aéroports de Paris et pour les exploitants d'aérodromes civils appartenant à l'État, des contrats pluriannuels d'une durée maximale de cinq ans conclus avec l'État déterminent les conditions de l'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires, qui tiennent compte notamment des prévisions de coûts, de recettes, d'investissements ainsi que d'objectifs de qualité des services publics rendus par l'exploitant d'aérodrome. Ces contrats s'incorporent aux contrats de concession d'aérodrome conclus par l'État. » Dans le cas d'ADP, l'attribution de la concession résulte de la loi du 20 avril 2005.

25 - Cette loi utilise trois notions différentes : convention de délégation de service public, convention de gestion déléguée et contrat de service public.



1980 et au début des années 1990²⁶, elle correspondait à une pratique antérieure, celle de la gestion déléguée²⁷, qui regroupait différentes formes de délégation à un tiers de la gestion d'un service public : la concession, l'affermage, la régie et la gérance.

La délégation de service public se définit aujourd'hui comme le contrat par lequel une personne publique confie à une personne publique ou privée la gestion d'un ouvrage ou d'un service public administratif ou industriel et commercial, la rémunération du délégataire étant substantiellement assurée par l'exploitation²⁸. Les lois des 6 février 1992 et 29 janvier 1993, dans leur rédaction résultant de la loi du 11 décembre 2001, ont repris à leur compte la définition jurisprudentielle de la DSP, en précisant que la rémunération du délégataire « est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Cette rémunération peut donc provenir d'autres sources que l'usager du service ou de l'ouvrage, par exemple de tiers ou de recettes accessoires. La jurisprudence a interprété cette condition légale : si la rémunération est assurée par le paiement d'un prix²⁹ et ne l'est pas substantiellement par les résultats de l'exploitation³⁰, la qualification de DSP est refusée (CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, rec. p. 137, *AJDA*, 1996, p. 729, chr. D. Chauvaux et T.-X. Girardot, *RFDA*, 1996, p. 715, concl. Ch. Chantepy, note P. Terneyre). La jurisprudence exige donc que le délégataire assume au moins partiellement le risque de l'exploitation, la jurisprudence communautaire sur le transfert du risque économique paraissant aller légèrement plus loin que les termes de la loi du 29 janvier 1993 interprétée par la jurisprudence (cf. 13.3.1).

26 - Elle a été utilisée par le Tribunal des conflits (TC, 6 juin 1989, *SAEDE c/ SA Lyonnaise des eaux et ville de Pamiers*, Recueil Lebon, p. 293, *RFDA*, 1989, p. 457, concl. B. Stirn), qui a retenu la notion d'acte juridique de dévolution de l'exécution de service public, puis par le Conseil d'État (15 mai 1994, *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*, rec. p. 1033) qui mentionne la délégation de gestion d'un service public et le fait que le cocontractant supporte dans certaines limites le risque financier de l'exploitation.

27 - La première allusion à la notion de délégation est attribuée à une circulaire interministérielle du 7 août 1987 relative à la gestion déléguée des services publics locaux (*JO*, 20 décembre 1987, p. 14863).

28 - Sur l'historique de ce contrat, voir J.-C. Douence, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 1993, p. 936 et J.-B. Auby et C. Maugué, « Les contrats de délégation de service public », *JCP*, éd. G, 1994 (9), doct. n° 3743. Sur la définition de la DSP, voir également J.-B. Auby et C. Maugué, « La notion et le régime de la délégation de service public », *JCP*, éd. G, 1996, n° 25, doct. 3941 ; J.-C. Dreyfus, « La définition légale des délégations de service public », *AJDA*, 2002, p. 894 ; E. Delacour, « Les évolutions du droit des délégations de service public depuis dix ans », *CMP* 2003, chron. 6.

29 - CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, rec. p. 878, *AJDA*, 1999, p. 517, concl. C. Bergeal pour un traité de gérance qualifié de marché, les rémunérations proportionnelles au volume d'eau distribué constituant un prix.

30 - La quotité de recettes exigée par la jurisprudence des usagers autres que la collectivité déléguante pour entraîner la qualification de DSP se situe à 30 %, cette fraction permettant de déduire de l'existence d'un aléa financier que la rémunération était substantiellement assurée par des recettes d'exploitation ou par les résultats de l'exploitation (CE, 30 juin 1999, *SMITOM*, rec. p. 229, *AJDA*, 1999 714, concl. C. Bergeal, *RFDA*, 1999, p. 1134, obs. J.-C. Douence pour un contrat qualifié par ses signataires de régie intéressée). J.-C. Douence, « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », *Mélanges Moderne*, 2004, p. 501. C. Milhac, *L'appréhension juridique du risque financier dans les contrats de gestion déléguée du service public*, *CMP* 2006, étude 17.



Si la doctrine a parfois reproché à la jurisprudence le caractère flou de cette définition et donc du seuil entre marché public et DSP³¹, la jurisprudence n'est pas encore très abondante sur la notion de transfert du risque d'exploitation entre autorité délégante et délégataire et la définition légale de la DSP laisse une grande souplesse d'interprétation et une marge d'appréciation au juge.

Ayant pour objet d'associer le cocontractant au service public, la DSP se différencie radicalement de l'acte d'achat que constitue le marché public. Elle exige un support contractuel et exclut en principe toute délégation par acte unilatéral³².

L'affermage³³, la régie intéressée et la gérance constituent des modes de gestion dont les appellations, antérieures aux lois de décentralisation, ne correspondent plus aujourd'hui – si elles y ont jamais correspondu – à des catégories juridiques spécifiques. L'affermage se différencie de la concession sur deux points : le fermier ne réalise pas les installations, qui sont à la charge de la collectivité³⁴, mais peut être chargé de les étendre³⁵ ; et, tout en supportant le risque économique de l'exploitation, il reverse une redevance fixe à la collectivité. Dans la régie intéressée, le régisseur gère le service pour le compte de la collectivité en qualité de mandataire et perçoit de celle-ci une rémunération indexée sur les résultats de l'exploitation. Affermage et régie intéressée relèvent donc de la DSP lorsque la rémunération du fermier ou du régisseur est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Le gérant percevant pour sa part une rémunération forfaitaire, éventuellement assortie d'un intéressement aux résultats, et ne supportant pas le risque d'exploitation, la gérance ne constitue pas une DSP³⁶ mais un marché de prestation de service ou un contrat de mandat.

• Au XVII^e siècle, la concession fut utilisée pour permettre le creusement du canal du Midi. Elle connaît son apogée au XIX^e siècle, époque où elle a été considérée comme le mode le plus approprié pour faire réaliser aux

31 - J.-D. Dreyfus, « La définition légale des délégations de service public », *AJDA*, 2002, p. 38 ; D. Moreau, « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public », *AJDA*, 2003, p. 1418 ; J.-C. Douence, « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 501 ; F. Llorens, « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2003, p. 301 ; CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, requête n° 288459, *Dr. adm.*, décembre 2006, n° 185, p. 25 note A. Ménéménis. Voir aussi *Code des marchés publics commenté*, édition 2008, Dalloz, p. 705.

32 - Avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État du 9 mars 1995 (*Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 32, p. 327). Voir aussi l'avis de la section de l'intérieur du 18 mai 2004, EDCE, 2005, p. 185. Il existe toutefois des délégations en vertu d'actes unilatéraux : c'est en particulier le cas en matière d'organisation des transports en Ile-de-France où, en vertu de l'ordonnance du 7 janvier 1959, l'inscription au plan de transport vaut délégation mais aussi en matière d'autorisation de transport de gaz (avis d'Assemblée générale du 28 septembre 1995, EDCE, 1995, n° 47, p. 402).

33 - P. Subra de Bieusses, « La spécificité de l'affermage », *AJDA*, 1996, p. 608. L'affermage se distingue de la concession par le fait que l'ouvrage est déjà construit et que le contrat ne porte que sur l'exploitation de l'ouvrage ou du service.

34 - CE, 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, Recueil Lebon, p. 152, *RFDA* 1987, p. 525, concl. Y. Robineau.

35 - CE, 6 mai 1991, *Syndicat intercommunal du Bocage*, rec. p. 170.

36 - Sur la gérance, voir CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, rec. tp. 878 et note 29.



risques et périls d'entrepreneurs privés, sous certaines réserves classiques (imprévision, fait du prince...), les grandes infrastructures nationales (transport ferroviaire, réseaux de communications et énergie) mais aussi pour exploiter les services publics locaux de proximité (distribution de l'eau, de l'électricité ou du gaz, éclairage public, transport urbain, halles, foires et marchés). Elle reste très employée au XX^e siècle, notamment pour la réalisation de grandes infrastructures (autoroutes, tunnels, ports et aéroports, stades, parkings...) ou la gestion de nouveaux services (enlèvement et traitement des déchets...): « *La concession connaît un grand succès en Europe, notamment dans les pays latins et dans la France de l'avant deuxième guerre mondiale, elle est célébrée pour sa souplesse* ³⁷ ».

La concession se définit comme le contrat par lequel une collectivité confie à une personne privée, à ses risques et périls, l'exécution d'un ouvrage public ou d'un service public en l'autorisant à percevoir une redevance sur les usagers de l'ouvrage ou du service³⁸ ou plus exactement depuis 1996 à se rémunérer par l'exploitation du service. Le financement par l'utilisateur – ou en toute rigueur l'exploitation du service – étant essentiel pour caractériser la concession³⁹, un contrat qui n'en prévoit pas ne peut jamais être qualifié de concession (11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, rec. p. 62). Mais le contrat de concession comporte bien d'autres caractéristiques: il est généralement conclu pour une durée très longue, afin de permettre l'amortissement de son investissement par l'exploitant⁴⁰; les biens indispensables à l'exploitation reviennent gratuitement au concédant en fin de concession de manière à assurer la continuité du service; la concession comporte des obligations de service public à la charge du concessionnaire qui peuvent entraîner le versement de compensations par le concédant; et ce dernier dispose d'un pouvoir de contrôle et de sanction à l'égard du concessionnaire de manière à pouvoir adapter le service rendu dans la durée (cf. 7.1.2). Le régime juridique de la concession comporte également quelques règles spécifiques, dégagées par la jurisprudence, en ce qui concerne la résiliation du contrat: sauf stipulation contraire, la résiliation unilatérale est impossible; la déchéance prononcée par l'autorité concédante peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par le concessionnaire (cf. 7.1.2.1); cette déchéance s'accompagne d'un remboursement au concessionnaire de la valeur nette des investissements.

• Il est très difficile d'obtenir des statistiques globales et fiables sur le sujet. Si l'Institut de gestion déléguée cherche actuellement à élaborer un panorama chiffré

37 - Intervention de M. Long au colloque « Service public et privatisation », Buenos Aires, 10-11-12 mai 2000.

38 - 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, GAJA, 13^e édition, n° 32, p. 187; S 17 mars 1916, concl. Chardenet, note Hauriou; Avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État du 14 octobre 1980, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 12, p. 149. Sur la définition de la concession, voir aussi L. Richer, *Délégation de service public: une notion difficile à cerner*, MTPB, 6 juin 1997, p. 56.

39 - Avis de la section des finances du Conseil d'État du 18 juin 1991, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 24, p. 241. Avis de l'Assemblée générale du 16 mai 2002 (*Rapport public*, p. 201) sur les concessions d'autoroutes.

40 - La loi du 29 janvier 1993 (cf. 7.2.4) a durci les règles applicables à la durée du contrat si bien que ces caractéristiques de la concession sont moins tranchées aujourd'hui.



des DSP, il constatait en 2005 qu'il n'existait pas « *de données permettant de quantifier la part de la gestion déléguée dans la gestion des services publics et a fortiori son évolution* »⁴¹.

Un des rares domaines documentés est celui de l'eau⁴². En 2004, les opérateurs privés titulaires d'une DSP ont réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 4,6 milliards d'euros dans le domaine de l'eau et de l'assainissement. En moyenne, de 8 à 10 % de ces contrats donnent lieu chaque année à un changement d'opérateur. Dans 96 % des cas, l'appel d'offres a conduit en 2007, selon le BIPE, au maintien de l'opérateur en place ; dans 3 % des cas au passage de la régie à la délégation et dans 1 % des cas de la délégation à la régie. La durée moyenne des contrats signés en 2004 a été de 11,3 ans. En nombre, seul un tiers (9 000 sur 29 000 en 2004) des services de distribution d'eau et d'assainissement des eaux usées fait l'objet d'une DSP. Mais près des trois quarts des Français sont alimentés en eau par des services de distribution gérés par des entreprises.

1.2.2. Le contrat de partenariat

Introduits en France par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004⁴³, les contrats de partenariat permettent de confier aux cocontractants de l'administration une mission globale de préfinancement, construction, gestion, le cas échéant, conception et prestation d'autres services relatifs à un ouvrage ou aux équipements nécessaires à l'exercice d'une mission de service public. Ce type de contrat global, inspiré du « *Private Finance Initiative* » (PFI) britannique, a rencontré peu de succès avant 2005, notamment du fait de la mise en place début 2005 seulement de l'organisme expert dont l'intervention est nécessaire. Depuis lors, il est progressivement en train de conquérir sa place, en particulier auprès des collectivités territoriales⁴⁴, même si les opérations que ces dernières envisagent restent généralement de taille modeste.

41 - Rapport de l'Institut de gestion déléguée, *Quelle compétition pour l'amélioration du service public*, La Documentation française, juin 2005, p. 56.

42 - Rapport du BIPE et de la FP2E, « Les services collectifs d'eau et d'assainissement en France : données économiques, sociales et techniques », octobre 2006, 44 p.

43 - A. Méneménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *AJDA*, 2004, p. 1737. En réalité, des lois antérieures avaient déjà introduit ce type de contrat global pour l'édification de bâtiments destinés au service pénitentiaire (loi des 22 juin 1987 et 9 septembre 2002), à la police et à la gendarmerie (lois du 29 août 2002 de programmation pour la sécurité intérieure et des 27 janvier et 18 mars 2003).

44 - 132 projets ont fait l'objet d'une publication au *BOAMP* et la Mission d'appui aux partenariats public-privé, dont l'intervention est facultative pour les collectivités territoriales, a rendu à ce jour trente-huit avis, pour des montants variant de deux millions d'euros (système de billetterie du Château de Versailles) à trois milliards d'euros (réalisation du canal Seine-nord). 17 contrats ont été signés à ce jour. Le contrat de partenariat a également été retenu pour réaliser le viaduc de Millau ou la ligne TGV Perpignan-Figueras ou encore par la Ville de Lille pour construire son nouveau stade. Le montant cumulé des contrats signés fin 2007 approche un milliard d'euros. Ce montant n'est pas négligeable si l'on rapproche ce chiffre des statistiques anglaises relatives au PFI : à fin 2007, 620 opérations ont été conclues en vingt ans pour plus de 56 milliards de livres. La montée en puissance du contrat a été lente : 200 millions de livres en moyenne par an entre 1987 et 1995, 2 milliards entre 1996 et 2001 et 7 milliards entre 2002 et 2007.



Le mode de rémunération du titulaire du contrat est déterminé par l'article 1 alinéa 4 de l'ordonnance : « *La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant notamment la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et le cas échéant, leur niveau de fréquentation.* » Cette rémunération, définie selon un certain nombre de critères, doit distinguer les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement de l'opération et faire apparaître les recettes annexes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer lors de la phase d'exploitation de l'ouvrage⁴⁵ ainsi que les motifs et modalités de variation de cette rémunération pendant la durée du contrat.

Le contrat de partenariat se développe essentiellement dans le secteur du bâtiment et des travaux publics (voirie, transports...) et dans le domaine des systèmes d'information et des nouvelles technologies. Le contexte économique et budgétaire actuel lui semble propice du fait à la fois de besoins de financement importants dans les secteurs de la défense, de l'éducation (collèges et universités) et de la sécurité intérieure (locaux de police ou de gendarmerie et prisons), de la complexité croissante des projets et de la disponibilité de fonds privés cherchant à s'investir. Le contrat de partenariat apporte ainsi une réponse juridique supplémentaire au besoin économique d'infrastructures et d'efficacité accrue de l'action publique.

1.3. Recruter et gérer du personnel

Si un vif débat a agité les grands auteurs du droit public (Jèze, Hauriou, Laferrière...) au début du XX^e siècle quant à l'existence éventuelle d'un contrat au fondement du droit de la fonction publique, la jurisprudence, la doctrine et les textes se sont très tôt engagés en sens inverse. Ainsi le Tribunal des conflits juge-t-il le 27 décembre 1879 que « *le lien de fonction publique n'est en aucune mesure contractuel* ». Dans le même esprit, le Doyen Hauriou, écartant la thèse contractuelle, affirmait que « *dans la réalité des choses, l'administration et le fonctionnaire ne sont pas opposables, ils ne font qu'un* ». Dans ses considérations générales 2003 consacrées aux « Perspectives pour la fonction publique », le Conseil d'État soulignait de même que « *La fonction publique (...) ne connaît pas le contrat comme source du droit normatif du régime applicable aux agents publics. Les seuls contrats qui peuvent exister sont les contrats individuels, à titre dérogatoire au régime normal (...)* ». Malgré la force de ces propos, le contrat conquiert progressivement une place non négligeable, à la fois comme débouché de la négociation et sous la forme de contrats individuels.

45 - Cette inclusion dans le contrat permet à la collectivité de mieux négocier et d'espérer alléger à son profit le coût de l'opération.



1.3.1. La négociation dans la fonction publique

La Constitution du 27 octobre 1946 reconnaît le droit syndical aux fonctionnaires comme aux autres salariés et consacre le principe de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises⁴⁶, principe qui s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle (cf. 10.1.2.1). Il se concrétise par la mise en place d'organes de concertation permettant aux salariés de s'exprimer par la voix de leurs représentants aussi bien dans le dans le secteur public (avec les comités techniques paritaires et les commissions administratives paritaires) que dans le secteur privé (avec notamment les comités d'entreprise). Dans le secteur privé, le prolongement naturel de cette concertation est la conclusion d'engagements réciproques entre partenaires placés sur un pied d'égalité et responsables, les conventions collectives. Il n'en va pas de même dans la fonction publique⁴⁷.

En effet, si prévaut à la Libération l'idée de « faire jouer à l'État un rôle moteur pour moderniser le pays, de rationaliser le mode de gestion de ses agents et de fournir à chacun d'entre eux un ensemble de garanties individuelles et collectives pour qu'ils s'engagent activement dans la reconstruction puis dans la croissance économique », l'article 4 du statut général édicté par la loi du 19 octobre 1946 confirme que « le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation légale et réglementaire ». Ses droits et obligations ainsi que ses conditions de travail découlent dès lors d'actes réglementaires unilatéraux, du statut général mais aussi de statuts particuliers de corps, obligatoirement pris par décret en Conseil d'État⁴⁸. En raison de cette situation juridique particulière, la négociation n'occupe qu'une place très limitée dans la gestion ou la fixation des règles applicables à la fonction publique : en témoigne jusqu'à nos jours l'absence de valeur juridique des accords sur lesquels il arrive qu'elle débouche (cf. 9.3.1). Elle tend cependant à s'imposer de fait puis, au fil du temps, à s'élargir.

46 - Conseil constitutionnel, décisions n° 77-79 et 77-83 DC des 5 et 20 juillet 1977 et bien d'autres ultérieurement. Il recouvre pour les salariés du secteur privé les principales modalités suivantes : une concertation appropriée, par exemple en cas de licenciement, la négociation collective et la conclusion de conventions collectives.

47 - Après avoir dénié toute valeur juridique à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil d'État l'a finalement admise (CE, 8 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et hauts fonctionnaires de la police*, RDP 1987, p. 250), en précisant toutefois que « les droits reconnus par ce principe ne peuvent s'exercer que dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires qui le régissent ». Le Conseil constitutionnel semble imposer une concertation avec les syndicats en amont de l'édiction de la règle de droit pour les textes qui déterminent les conditions de travail des fonctionnaires (décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977).

48 - Il en résulte, au-delà de la fonction publique *stricto sensu*, qu'une convention conclue entre la CNAMTS et les organisations syndicales ne peut pas légalement définir les conditions de cessation anticipée d'activité des praticiens conseils du contrôle médical alors même que leur décret statutaire ne comporte aucune disposition en cette matière (CE, *Profumo*, 28 juillet 1999, requête n° 188060, p. 1032). Une solution identique a été retenue pour un accord collectif ayant institué à l'ANPE, établissement public administratif dont le personnel est placé dans une situation réglementaire ou statutaire, un régime complémentaire de retraite et de prévoyance (*Union des syndicats des affaires sociales CGT*, 11 décembre 1996, requête n° 130743, p. 677).



La négociation salariale a fait l'objet d'une forme de reconnaissance dans le droit de la fonction publique à la faveur du « protocole Oudinot » du 2 juin 1968, l'équivalent symbolique des « accords de Grenelle » pour le secteur privé. Un premier accord est signé en octobre 1969 qui prévoit le reclassement des fonctionnaires des catégories C et D⁴⁹. La consécration législative de la négociation sur les rémunérations et les conditions de travail figure à l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 : « *les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire au niveau national avec le gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre avec les autorités chargées de la gestion, aux différents niveaux, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail* ».

Si la concertation⁵⁰ continue à l'emporter dans les autres domaines, la négociation salariale est depuis lors devenue une pratique courante dans la fonction publique, en particulier à l'échelon interministériel, même si ses résultats sont limités depuis une dizaine d'années (cf. 7.4.2.2).

Malgré les limitations imposées par la loi de 1983, la négociation s'est progressivement étendue en dehors du seul domaine des rémunérations grâce à l'accord-cadre interministériel de 1989 sur la formation continue, puis aux accords Durafour du 9 février 1990 portant sur la refonte de la grille indiciaire, étendant du même coup son champ à l'échelon ministériel⁵¹. Un accord a ensuite été conclu le 28 juillet 1994 sur l'hygiène et la sécurité puis trois accords signés en 1996 ont à nouveau porté sur la formation continue (accord du 22 février 1996), sur la résorption de l'emploi précaire (accord du 14 mai 1996) et sur le départ anticipé pour l'emploi des jeunes dans la fonction publique (accord du 16 juillet 1996). Plus récemment, le ministre de la fonction publique a signé une série de protocoles d'accords avec plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires, ouvrant ainsi de nouveaux champs à la négociation collective dans la fonction publique d'État : il s'agit des protocoles d'accord du 25 janvier 2006 relatifs d'une part à la promotion professionnelle et à l'amélioration des carrières et d'autre part à l'évolution de l'action sociale dans la fonction publique, et du protocole d'accord du 21 novembre 2006 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie, dit « protocole Jacob ».

Le droit communautaire n'est pas neutre dans ce processus car il tend à promouvoir y compris dans la fonction publique l'accord à valeur juridique. Ainsi une directive de la Commission peut-elle rendre applicable des accords conclus au niveau européen entre partenaires sociaux dans toute la Communauté ; ceux-ci

49 - Pour un bilan des accords signés en 1970 et 1971, voir André Lebon, « Les principaux accords salariaux signés en 1970 et 1971 dans les secteurs public et nationalisé », *Dr. Soc.*, 1971, n° 7-8 p. 441 et suiv.

50 - En droit administratif, la concertation précède souvent un acte unilatéral tandis que la négociation précède en général un contrat et marque sa spécificité procédurale. La distinction entre concertation et négociation fait l'objet de développements spécifiques au point 7.2.1. Pour un commentaire complet sur la distinction entre concertation et négociation dans le domaine particulier de la fonction publique, voir Y. Saint-Jours, « Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique », *Dr. Soc.*, avril 1975, p. 227 et suiv.

51 - Voir par exemple le protocole d'accord triennal signé le 17 mars 2004 entre le ministère de l'équipement, du logement, des transports et de la mer, et la majorité des organisations syndicales représentatives des personnels de la direction générale de l'aviation civile.



peuvent concerner des agents du secteur public comme des salariés du secteur privé⁵² ; la Commission a déjà fait usage de cette prérogative.

Les efforts notables pour revaloriser la place de la négociation collective qui ont été accomplis récemment dans le secteur privé, notamment au travers de la loi n°2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social⁵³, prenant elle-même exemple sur le modèle européen de la négociation collective (cf. 8.1.1), n'ont pas concerné la fonction publique. C'est ainsi que la loi n°2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique s'est bornée à transcrire les acquis du « protocole Jacob » dans la loi.

L'état du droit et les pratiques en vigueur reflètent en définitive un consensus implicite : eu égard à la situation statutaire des fonctionnaires, la négociation collective demeure sensiblement moins avancée dans le secteur public (cf. 2.1) que dans le secteur privé. Dans la fonction publique de l'État (FPE), le principe de participation continue à se traduire surtout par la consultation ou la concertation au sein des instances paritaires (comités techniques paritaires ou Conseil supérieur de la fonction publique de l'État auquel sont soumis tous les grands projets de réforme de la fonction publique)⁵⁴. Ceci peut expliquer que des innovations relatives aux droits des agents dans la FPE, comme le droit individuel à la formation, ne reprennent qu'avec retard celles du secteur privé⁵⁵.

Si la place occupée par la négociation dans la FPE⁵⁶ et son environnement immédiat demeure donc encore modeste, quoique grandissante, elle se développe plus rapidement au sein de la fonction publique territoriale (FPT) et de la fonction publique hospitalière (FPH). Les grands employeurs y mènent des négociations au contenu plus large que dans la FPE, même si celles-ci restent très encadrées par les contraintes statutaires : il n'est pas rare, dans les très grandes collectivités, d'y débattre des rémunérations et de leur évolution en masse, des conditions de travail, de l'évolution des effectifs à moyen terme et des qua-

52 - AJDA, 19 mai 2003, p. 991.

53 - *Journal officiel* du 1^{er} février 2007, p. 1944.

54 - Le rapport Chertier de 2006 (cf. 8.3) comporte un passage « Faire évoluer le dialogue social dans la fonction publique » qui renvoie pour l'essentiel au Livre blanc de 2002.

55 - Le « protocole Jacob » reprend pour l'essentiel, avec trois ans de retard, le contenu de l'accord sur la formation professionnelle tout au long de la vie conclu dans le secteur privé (cf. 8.2.1).

56 - Cette place aurait pu être plus importante si, par exemple, la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de La Poste et des Télécommunications et la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise France Telecom avaient été plus souples. Le Conseil d'État a interprété ces textes à la fin des années 1990 selon sa jurisprudence traditionnelle, interdisant au contrat d'intervenir dans le champ des mesures relevant des statuts particuliers (*Association syndicale des cadres supérieurs et ingénieurs aux télécommunications, Fédération syndicale Sud des PTT*, 8 février 1999, rec. p. 23). La rédaction de l'article 5 de la loi du 26 juillet 1996 réservait en effet le régime des conventions collectives aux seuls agents contractuels et la jurisprudence des sections administratives du Conseil d'État relative au maintien du statut de fonctionnaire dans une SA se prêtait mal à une extension du domaine ouvert à l'accord (avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État du 18 novembre 1993, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, 2002, n° 30, p. 305 ; avis du 26 septembre 1995, AJDA, 1996, p. 468, obs. S. Salon). En sens inverse, des dispositions particulières, telles l'article L. 1222-7 du code de la santé publique, ont pu prévoir que les conditions d'emploi des personnels régis par le code du travail seraient fixées par une convention collective de travail (CE, 23 avril 2007, requête n° 285222 pour l'*Établissement français du sang*, établissement public de l'État).



fications, de la formation et même, dans les hôpitaux, du projet social. La proximité entre employeur et salariés au sein de la FPT et la FPH et la moindre conflictualité facilitent sans doute une approche plus globale de la négociation. L'information sur ces pratiques de terrain demeurant limitée, l'État gagnerait à les observer de plus près pour mieux en apprécier les avantages et les limites.

1.3.2. Les contrats individuels

Si le principe fermement établi demeure que les emplois permanents sont tous occupés par des fonctionnaires placés dans une situation légale et réglementaire, l'administration a, de fait, toujours eu recours au contrat pour recruter une partie de ses agents⁵⁷. Le pourcentage de non titulaires dans l'administration fluctue autour de 15 % : cette proportion est stable dans la fonction publique d'État (autour de 10 %), en baisse dans la fonction publique territoriale (autour de 17 %) et en hausse très marquée dans la fonction publique hospitalière (autour de 13 %)⁵⁸.

Ces contrats prennent des formes variées : contrat à durée déterminée (CDD) ou indéterminée (CDI) de droit public ou plus rarement de droit privé, vacations, contrats aidés etc. La gamme en est devenue extrêmement vaste⁵⁹, surtout avec la multiplication des formules de contrats aidés réservées au secteur public⁶⁰. Il existe aussi un contrat d'apprentissage propre au secteur public qui, à la différence du parcours d'accès aux carrières territoriales, hospitalières et de l'État (PACTE), n'ouvre pas droit à titularisation. Il arrive même à l'État de créer pour son propre usage des types de contrat spécifiques : par exemple des contrats à durée déterminée de cinq ans ont été autorisés par la loi n°99-894 du 22 octobre 1999 portant organisation de la réserve militaire et du service de défense pour

57 - On compte environ 890 000 non titulaires sur les 5,3 millions d'agents des trois fonctions publiques.

58 - L'emploi d'agents non titulaires dans la fonction publique hospitalière a connu une hausse de 97 % entre le 31 décembre 1994 et le 31 décembre 2004 (cf. Rapport annuel fonction publique 2005-2006, *Faits et chiffres*, p. 56).

59 - Sur ce point aussi, le secteur public réplique ce qui se passe dans le secteur privé, en particulier la multiplication des contrats aidés. La fonction publique d'État comptait 124 000 titulaires de contrats aidés en 2006.

60 - Le parcours d'accès aux carrières territoriales, hospitalières et de l'État (PACTE), créé par l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 a ainsi ouvert la possibilité à des jeunes de 16 à 25 ans sans qualification d'être titularisés dans un corps ou cadre d'emplois de catégorie C. Le CAE (contrat d'accompagnement dans l'emploi), créé par la loi n° 2005-32 de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 en remplacement des contrats emploi-solidarité (CES) et des contrats emploi consolidé (CEC), permet à toute personne rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles d'accéder à un emploi dans le secteur non marchand (collectivités territoriales et autres personnes morales de droit public ; organismes de droit privé à but non lucratif comme les associations et personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public comme les caisses de sécurité sociale ; organismes conventionnés par l'État au titre de l'insertion par l'activité économique et développant des activités d'utilité sociale). La loi de cohésion sociale a aussi institué le contrat d'avenir, également réservé au secteur non marchand, qui s'adresse aux bénéficiaires de l'allocation de revenu minimum d'insertion (RMI), de l'allocation de solidarité spécifique (ASS), de l'allocation de parent isolé (API) ou de l'allocation aux adultes handicapés (AAH), sans condition d'ancienneté. Il s'agit d'un contrat de travail de droit privé à durée déterminée et à temps partiel. La durée hebdomadaire du travail des personnes embauchées en vertu d'un contrat d'avenir est fixée à 26 heures, éventuellement 20 à 26 heures lorsque l'embauche est réalisée par un employeur conventionné au titre de l'article L. 322-4-16-8 du code du travail (ateliers et chantiers d'insertion) ou par une association de services à la personne visée à l'article L. 129-1 du code du travail.



recruter des engagés dans les forces armées⁶¹, alors que la limite supérieure du CDD a toujours été fixée pour le secteur privé entre dix-huit mois et deux ans, selon les époques. Dans le même sens, la liste des établissements publics autorisés par décret à recruter des contractuels augmente⁶² et la plupart des statuts des nouveaux établissements publics prévoient cette possibilité.

L'existence de nombreux agents publics sous contrat, pour des durées variables, pose inévitablement la question de l'organisation de leur parcours professionnel et de son aboutissement : rupture du lien avec le service public en fin de contrat, intégration dans la fonction publique à la faveur de concours ou de vastes opérations de titularisation⁶³, organisation d'une « carrière » sous un statut de contractuel⁶⁴. Cette dernière a longtemps reposé sur des quasi-statuts, élaborés par décret dans les années 1970, comme pour les titulaires : quand l'État a voulu organiser la carrière des contractuels, il a mis au point des grilles qui ressemblent aux grilles statutaires et les a entérinées par décret. Le décret n° 2007-338 du 12 mars 2007 vient de modifier le décret du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions applicables aux agents non titulaires de l'État, en instituant pour eux non pas une grille d'évolution des rémunérations, mais une procédure de révision triennale de la rémunération, après entretien d'évaluation, avec intervention facultative d'une commission consultative paritaire⁶⁵.

Une nouveauté, dont on n'a pas encore mesuré toutes les conséquences à long terme, découle des articles 12 à 19 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 qui prévoient les modalités de reconduction des CDD en CDI au termes d'une période de 6 ans⁶⁶ de la directive 1999/70 du Conseil du 28 juin 1999 dont la portée ne se limite pas au secteur privé.

61 - Les armées, professionnalisées, emploient désormais un nombre élevé de contractuels : 100 % des hommes du rang, 33 % des sous-officiers et 25 % des officiers servent sous ce statut et font des carrières courtes, de quinze ans au plus. Les armées ont donc mis au point au profit des contractuels des politiques de recrutement et de reconversion, nettement plus avancées que celles de la fonction publique civile.

62 - La préparation du rapprochement entre l'ANPE et l'Unedic a fait apparaître que l'ANPE employait 22,6 % de ses effectifs en emplois « précaires » (CDD surtout, emplois aidés et emplois temporaires).

63 - Périodiquement, des concours de titularisation sont ouverts dans le cadre de plans de résorption de l'emploi précaire. On a mentionné plus haut l'accord du 14 mai 1996 sur ce sujet. La loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 a également prévu l'ouverture de concours réservés ou d'examens professionnels pendant cinq ans ainsi que des recrutements sans concours pour l'accès à certains corps.

64 - La question du déroulement de la carrière n'est évidemment pas la seule à se poser. Celle de la participation des intéressés à la négociation collective ou à la détermination de leurs conditions de travail se pose aussi. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il jugé, en application de la directive du Conseil n° 89/391 du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, que les agents non titulaires et les agents de droit privé devaient participer à l'élection des représentants aux comités techniques paritaires des collectivités locales et de leurs établissements publics (CE, 10 juillet 2002, *Fédération CFDT INTERCO*, requête n° 232034, rec. p. 269).

65 - Pour un commentaire complet de toutes les dispositions récentes relatives au recrutement et à la carrière des non titulaires, voir la circulaire BB n° 1262 du 26 novembre 2007, www.fonction-publique.gouv.fr

66 - M. Pochard, « Le grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique », *AJDA*, 2005, 401. D. Jean-Pierre, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 35, 29 août 2005, p. 1306.



Au total, la fonction publique française, en théorie composée exclusivement de fonctionnaires, et à titre dérogatoire de contractuels recrutés pour une durée limitée, s'éloigne de ce modèle théorique. Elle comporte maintenant des CDI de droit public et même de droit privé, dont la gestion reste à organiser, selon une logique dont il reste à préciser jusqu'à quel point elle sera différente de celle prévalant pour la gestion des fonctionnaires.

1.4. Piloter l'action administrative

Le recours au support contractuel pour le pilotage de l'action administrative s'est développé en lien avec la thématique de la réforme⁶⁷ et de la modernisation de l'État, promue par les institutions financières internationales auprès des pays en développement dans le cadre des politiques d'ajustement structurel. Sous leur impulsion, prévaut depuis les années 1980, sous le terme de « consensus de Washington », l'idée qu'il faut redéfinir la place de l'État, privatiser les services publics dont la gestion peut être confiée au marché ou externaliser leur gestion et rendre les services publics plus efficaces et plus productifs. L'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) promeut aussi ce modèle, qui a également été mis en œuvre par l'Union européenne avec l'achèvement du marché intérieur. Son écho a été moindre en France. Malgré cela, le contrat est de plus en plus largement utilisé pour tenter de moderniser le secteur public.

1.4.1. La nouvelle gestion publique et la LOLF

La littérature relative à la réforme de l'État (« *new public management* ») incite à le réorganiser en distinguant clairement les instances de décision et d'exécution. Des « agences » sont à ce dernier titre chargées d'exécuter un pan des politiques publiques⁶⁸. Dotées de moyens dont elles sont pleinement responsables, elles rendent compte de leurs performances, mesurées par rapport à la réalisation d'objectifs fixés ou négociés préalablement avec l'instance de décision et résumées par des indicateurs dits de performance. Une centaine d'agences ont vu le jour en France comme l'Agence française du médicament en 1993 ou l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA) en 1999. Ces agences ne constituent pas une nouvelle catégorie d'organes administratifs mais se rattachent toutes à une forme juridique préexistante (établissement public, groupement d'intérêts public ou GIP, autorité administrative indépendante ou service identifié au sein d'une administration). La qualification d'agence désigne ainsi des entités juridiques de statut varié mais bénéficiant de garanties d'autonomie et/ou d'indépendance et de financement dans des domaines généralement

67 - C. Pollitt et G. Bouckaert, *Public Management Reform. A comparative analysis*, Oxford University Press, 2000.

68 - En principe, une agence ne participe pas à la définition d'une politique publique et se borne à la mettre en œuvre dans un domaine facilement sécable ou identifiable. Elle n'est pas nécessairement dotée de la personnalité morale ce qui, en l'état de notre droit, l'empêche de contracter valablement. Focalisée sur l'atteinte d'objectifs précisément fixés, elle est en revanche pleinement responsable de l'utilisation de ses moyens.



spécifiques ou sensibles, la sécurité sanitaire par exemple. Certaines assurent une fonction de pilotage et de mise en cohérence des acteurs dans un secteur, comme l'Agence du médicament ou l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU), ou dans une zone géographique donnée, comme les agences régionales de l'hospitalisation (cf. 2.2.2). D'autres sont chargées de la prévention des risques, comme l'Institut de la veille sanitaire. Leurs agents sont plus fréquemment des contractuels (cf. 1.3.2) que des fonctionnaires sous statut⁶⁹.

Le contrat de performance ou d'objectifs et de moyens⁷⁰ fait simultanément son apparition comme outil de management public⁷¹. Il veut favoriser la responsabilisation des agents et de leurs chefs, la meilleure utilisation des ressources publiques (obtenir le meilleur service au moindre coût⁷²) et la transparence sur les politiques publiques. Les objectifs assignés aux services, établissements ou agences sont ensuite répercutés sur les agents, sur les cocontractants, les fournisseurs, les partenaires ou les usagers du service. À l'image de l'entreprise, l'organisme public devient un « nœud de contrats » : son mode d'action privilégié consiste à nouer et à gérer des contrats ou des engagements. La réforme de l'État par décret s'enrichit de sa réforme par contrat.

Le contrat de performance s'est développé en France à partir du programme de renouveau du service public, organisé par la circulaire du Premier ministre en date du 23 février 1989, et de l'identification de centres de responsabilité. La circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics introduit la notion de « contrat de service ». Des projets de service, mentionnant à la fois les objectifs et les moyens des divers services de l'administration, sont définis dans des contrats signés entre l'administration centrale et les services déconcentrés, par exemple au sein

69 - À titre d'exemple, l'ARCEP comptait 67 fonctionnaires et 101 contractuels fin 2005, 66 fonctionnaires et 97 contractuels fin 2006, ce qui donne 60 % environ de contractuels. De même le Conseil de la concurrence ne fonctionne que grâce à des agents contractuels, certains étant, il est vrai, des fonctionnaires détachés sur des emplois de contractuel.

70 - Il prend des dénominations variées. Par exemple l'État a signé avec l'ANPE trois contrats de progrès entre 1990 et 2003. Les contrats, signés avec l'AFPA et l'ANPE, sont prévus à l'article L. 910-1 du code du travail.

71 - Dans leur ouvrage *État d'urgence, réformer ou abdiquer : le choix français* (Robert Laffont, 2005), R. Fauroux et B. Spitz relient d'ailleurs plusieurs des aspects déjà rencontrés : « *Il faut préconiser des structures de gestion simplifiées, les recours aux contrats d'objectifs, un pilotage stratégique par l'État dirigé sur le long terme et un dialogue social modernisé* ». Bien d'autres avant eux s'étaient penchés sur cette question du management public, S. Rials et M. Crozier notamment.

72 - Le contrat de partenariat prévu par l'ordonnance du 17 juin 2004 (cf. 1.2.2) s'inscrit clairement dans cette logique de performance. La personne publique contractante en contrôle l'exécution après avoir fixé des indicateurs objectifs permettant de mesurer les performances techniques et/ou de fréquentation.



du ministère de l'équipement⁷³. A partir de mai 1996 les contrats de service accordent une plus grande autonomie de gestion budgétaire aux services déconcentrés, sous forme d'une enveloppe globale de fonctionnement négociée avec l'administration centrale et au sein de laquelle des arbitrages sont possibles.

La loi organique relative aux lois de finances (LOLF), votée en 2001 et appliquée depuis 2006, place la recherche de la performance au cœur de la gestion budgétaire. Selon ses dispositions, chaque responsable de programme est chargé d'atteindre les objectifs fixés dans la loi de finances et déclinés en indicateurs de performance. Il dispose, pour les atteindre, d'une liberté de gestion des moyens qui lui sont affectés. La LOLF reprend ainsi à son compte le vocabulaire contractuel, sans en retenir la forme : la responsabilisation sur des objectifs et des engagements négociés ; l'autonomie dans la gestion des moyens ; l'évaluation de la performance au moyen d'indicateurs qui peuvent également être utilisés pour déterminer la rémunération des agents.

La LOLF possède une forte puissance de contagion : la signature d'un contrat de performance englobant un ou plusieurs programmes appelle en cascade la signature de chartes de gestion aux niveaux inférieurs d'exécution de ces programmes : budgets opérationnels de programme (BOP) et unités opérationnelles (UO). Même si ces chartes de gestion répondent davantage à une approche unilatérale qu'à une démarche contractuelle, les spécialistes des finances publiques n'excluent pas de les voir revêtir à l'avenir un caractère contractuel plus affirmé.

1.4.2. Les contrats de performance du ministère de l'économie et des finances

Les huit « contrats de performance » signés par les directeurs généraux de trois ministères (économie et finances, équipement et affaires étrangères) avec le ministère du budget déclinent cette politique de recherche de gains de performance et de productivité. Ceux qui ont été signés en juillet 2006 par toutes les grandes directions du ministère de l'économie et des finances prévoient trois séries d'objectifs en matière de modernisation, de productivité et de maîtrise des coûts, et d'ambition sociale. Chaque objectif y est brièvement décrit et le

73 - Au même moment, l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 introduit, à l'article L. 714-26-1 du code de la santé publique, la possibilité pour tout hôpital d'identifier des centres de responsabilité et de mettre en place des procédures de contractualisation interne. Les centres de responsabilité bénéficient d'une délégation de gestion de la part du directeur. Et la délégation de gestion fait l'objet d'un contrat négocié par le responsable du centre avec le directeur, contrat qui comporte notamment des indicateurs de suivi, les modalités d'intéressement du centre aux résultats et les conséquences de l'inexécution du contrat.

Le Président de la République s'est clairement inscrit dans cette filiation en déclarant à Bordeaux le 16 octobre 2007 : « *La révolution du contrat, ensuite. L'autonomie de gestion de l'hôpital doit s'appuyer sur le contrat. Le contrat est au service de la qualité et de la performance. Je souhaite que la pratique du contrat entre l'agence régionale de l'hospitalisation, l'ARH, et l'établissement soit systématique pour que chacun sache ce qu'il a à faire. Le contrat doit fixer des objectifs clairs, négociés, chiffrés, communicables, avec un échéancier précis et, oserais-je le dire, des sanctions positives et négatives (...). Le contrat ARH-établissement doit être décliné dans les contrats conclus entre le directeur et les praticiens hospitaliers, à commencer par les responsables de pôle. Il est indispensable qu'il y ait une cohérence entre les engagements pris par l'établissement à l'égard de l'ARH et les engagements pris par chaque praticien hospitalier vis-à-vis du directeur et du président de la commission médicale d'établissement* ».



plus souvent chiffré. Les gains de productivité et réductions d'effectifs attendus ou recherchés sont également quantifiés avec des contreparties non chiffrées en termes de garanties de maintien de la rémunération en cas de réforme, de primes d'intéressement aux résultats, de mesures catégorielles et de meilleures perspectives de formation et de promotion. Ces documents, s'ils sont baptisés « contrat », n'en revêtent pas la forme et n'en présentent pas les caractéristiques habituelles : on y chercherait par exemple en vain la formulation d'un engagement ferme du ministère du budget en dehors d'une première indication de tendance sur le niveau des ressources budgétaires des années 2 et 3. Bref, il s'agit plutôt d'entériner des objectifs de gestion à moyen terme imposés lors des conférences budgétaires ou d'un relevé de conclusions de décisions prises par le ministère du budget après négociation avec les intéressés puis estampillées « contrat de performance ». Le contrat se résume ici à un programme d'actions qu'une administration s'engage unilatéralement à exécuter, espérant recevoir en contrepartie un traitement budgétaire plus favorable.

1.4.3. Les contrats d'objectifs et de moyens de la juridiction administrative

Faisant face à une situation d'engorgement du prétoire, la juridiction administrative a recouru au contrat d'objectifs et de moyens pour permettre aux sept cours administratives d'appel (CAA) récemment créées de sortir d'une situation critique et très préoccupante⁷⁴. Ces « contrats » ont été la modalité choisie par le Conseil d'État pour mettre en œuvre au sein de la juridiction administrative la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 qui prévoyait l'attribution d'effectifs supplémentaires en magistrats (une centaine), agents de greffe (cent trente) et assistants de justice ainsi que de locaux et moyens informatiques. Inséparables d'une certaine garantie ou visibilité sur l'ampleur des ressources à moyen terme, leur durée (2003-2007) a été volontairement calée sur celle de la programmation. Cette première génération de contrats, négociée entre juillet et novembre 2002, poursuivait une ambition quantitative : permettre aux CAA de juger deux fois plus d'affaires (26 000 en 2007 contre 14 200 en 2002) et réduire par voie de conséquence leurs stocks et leurs délais de jugement qu'on espérait voir ramenés entre un an et un an et demi fin 2007. Ce résultat a été atteint à la faveur d'une réforme de procédure⁷⁵ et d'une augmentation du nombre de magistrats d'un peu plus de 50 %, légèrement inférieure à ce qui était prévu (le taux d'exécution de la loi de programmation a été en moyenne de 70 % pour la juridiction administrative) et d'agents de greffe. Le nombre des affaires jugées est passé de 14 200 à 25 700 par an et le délai moyen de jugement est revenu de 34 mois en 2002 à treize mois fin 2007.

74 - Leur délai moyen de jugement était passé de un an et deux mois en 1992 à plus de trois ans en 2001 et, à moyens constants et sans action corrective, aurait atteint cinq ans et trois mois en 2007. Des délais évidemment incompatibles avec le délai raisonnable de jugement imposé en particulier par la CEDH et susceptibles d'engager à ce titre la responsabilité financière de l'État (CE, Ass., 28 juin 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Magiera*, rec. p. 248, concl. F. Lamy).

75 - Cette réforme a consisté à substituer aux appels dirigés contre des jugements de tribunaux administratifs des recours en cassation devant le Conseil d'État, allégeant d'autant la charge de ces dernières.



Ces « contrats » ont eu un effet mobilisateur indéniable sur les cours, à plusieurs titres. Psychologiquement tout d'abord ; signer un contrat c'est reconnaître en termes symboliques l'importance d'un service ou d'une mission : « *on s'intéresse à nous, on compte, on s'occupe de nous et de nos difficultés, on nous demande notre avis sur ce qu'il convient de faire* ». Sur le plan de l'organisation et de la gestion surtout. Car l'existence d'une négociation préalable sur les objectifs et les moyens a obligé les cours à procéder à un bilan d'entrée ou à une autoévaluation, à une analyse d'ensemble de leur fonctionnement au-delà de la dispersion des augmentations budgétaires annuelles, à identifier les pistes d'amélioration de la productivité et les priorités, à vérifier les cohérences internes dans l'affectation des moyens (par exemple entre magistrats et greffes), ensuite à se référer en permanence aux indicateurs de gestion. Les cours reconnaissent être entrés dans une « culture du résultat » à la faveur de ces contrats qui ont aussi eu le mérite de décloisonner, d'objectiver et de globaliser le dialogue de gestion entre les cours et le Conseil d'État.

Si l'apport des contrats de performance ou d'objectifs et de moyens est généralement reconnu, de nombreuses questions sont soulevées sur leur nature juridique (cf. 7.1.1 et 7.4.1.1) et par voie de conséquence sur la place qu'il convient de leur réserver à l'avenir (cf. 13.2.2.2).

1.5. Expérimenter de nouvelles normes et moderniser les politiques publiques

Décrite comme « *une procédure de mise au point sur un échantillon* » qui constitue « *la première phase opératoire dont la fonction demeure limitée et dont l'objet est de faire l'économie des inconvénients inhérents à l'application immédiate de mesures généralisées* »⁷⁶, la démarche expérimentale a progressivement acquis droit de cité. L'expérimentation constitue une des voies pour tester, au plan national ou local, à une échelle réduite mais en vraie grandeur et avec le support d'un outil d'évaluation scientifique, des législations nouvelles ou des inflexions dans les politiques publiques, avant de généraliser les réformes. **Expérimentation et contrat entretiennent des liens étroits.**

1.5.1. Avant la réforme constitutionnelle de 2003

L'expérimentation issue d'un texte législatif est apparue à la fin des années cinquante, initialement avec la loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 relative à l'enseignement privé⁷⁷.

La loi n°82-689 du 4 août 1982 a introduit dans le code du travail des dispositions relatives au droit d'expression des salariés dans l'entreprise pour une période expérimentale de trois ans.

76 - J. Boulouis, « Note sur l'utilisation de la "méthode expérimentale" en matière de réformes », *Mélanges Trotabas*, LGDJ, 1970.

77 - Cette loi instituait un régime contractuel dans lequel le contrat simple, l'un des trois types de contrats proposés, faisait l'objet d'une expérimentation pendant neuf ans (cf. 5.1.1). Selon J. Chevallier, elle serait la première expérimentation issue d'un texte législatif et non plus d'une simple initiative de l'administration (J. Chevallier, « Les lois expérimentales. Le cas français », in C.-A. Morand (dir.), J.-L. Bergel (préf.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Presses universitaires Aix-Marseille, 1993, p. 125).



Des expérimentations de caractère médical et social ont également été autorisées par voie législative dès 1985. La loi n°91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière a notamment introduit dans le code de la santé publique une section « expérimentations »⁷⁸. Ont ainsi été institués des régimes expérimentaux pour l'autorisation d'installations d'équipements matériels lourds dans une ou plusieurs régions sanitaires pendant une période limitée à trois ans⁷⁹ et une tarification hospitalière par objectifs et pathologies durant cinq ans.

L'article 38 de la loi n°94-637 du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale a ouvert la possibilité aux départements et aux organismes sociaux de conclure des conventions afin de mettre en place de nouvelles prestations. La loi n°97-60 du 24 janvier 1997 relative à la prestation spécifique de dépendance (PSD) en a usé de même. Elle a prévu que des conventions seraient conclues entre certains départements, des organismes de sécurité sociale et, éventuellement, d'autres collectivités territoriales qui définiraient, dans le cadre d'un cahier des charges établi au plan national par le ministre chargé des affaires sociales, les conditions de la mise en œuvre des dispositifs expérimentaux d'aide aux personnes âgées dépendantes⁸⁰.

Dans un autre registre, la loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité a utilisé l'expérimentation pour confier aux régions de nouvelles compétences en matière de développement des ports maritimes, des aérodromes et du patrimoine culturel. Les régions candidates à l'expérimentation ont ainsi passé des conventions avec l'État sur les modalités de transfert, avant l'établissement d'un rapport d'évaluation.

1.5.2. Après la réforme constitutionnelle

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a organisé deux types d'expérimentations : en matière de répartition des compétences d'une part et de règles de fond d'autre part⁸¹.

78 - Section 1 « Expérimentations » du chapitre 6 intitulé « Expérimentation » (articles L. 716-1 et L. 716-2 du code).

79 - La mise en œuvre de l'expérimentation était subordonnée à la conclusion entre le demandeur de l'autorisation, le représentant de l'État et les caisses régionales d'assurance maladie d'un contrat fixant les modalités particulières d'exploitation et de tarification des équipements.

80 - Cette tradition d'expérimentation en matière de sécurité sociale s'est poursuivie après la réforme constitutionnelle de 2003. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2008 prévoit ainsi, dans son article 44, que les expérimentations intéressant les nouveaux modes de rémunération des professionnels de santé ou de financement des établissements de santé conduites par les missions régionales de santé font l'objet de conventions conclues entre leurs directeurs, les professionnels et les établissements volontaires.

81 - Le quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution permet aux collectivités territoriales d'expérimenter en matière de transferts de compétence. La loi organique du 1^{er} août 2003 a précisé le régime juridique de ce type d'expérimentation. Par ailleurs, le nouvel article 37-1 de la Constitution confirme la possibilité d'introduire dans la loi des dispositions de caractère expérimental dérogeant au principe d'égalité. Leur régime a été défini par la décision du Conseil constitutionnel n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 rendue à propos de la loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel. Cette expérimentation doit être de nature à permettre, au vu de ses résultats, une généralisation.



Dans ce nouveau contexte, plusieurs rapports⁸² et ouvrages⁸³ ont suggéré de recourir davantage à la technique expérimentale dans le champ des politiques sociales, et notamment de la lutte contre la pauvreté et les exclusions (cf. 2.3). Une délégation interministérielle à l'innovation, à l'expérimentation sociale et à l'économie sociale a été créée⁸⁴. Des initiatives privées ont également été mises en place avec le soutien financier des pouvoirs publics, comme l'association «solidarités actives», créée à la suite du rapport «Au possible nous sommes tenus» rendu en avril 2005 par la commission «familles, vulnérabilité, pauvreté», qui a fait du développement des expérimentations son objet social. L'École d'économie de Paris, qui a vu le jour en 2006, en fait un axe pédagogique.

De ce fait, l'expérimentation sociale se développe dans notre pays, avec un certain décalage par rapport aux démocraties anglo-saxonnes qui ont mis en place, depuis le milieu des années 1960, un réseau dense de porteurs de projets expérimentaux et d'organismes d'évaluation : la *Rand corporation*, l'*Urban Institute*, le *Mathematica Policy Research*, la *Manpower Demonstration Research Corporation*, l'*Institute for Fiscal Studies (R-U)*, l'*Institute for Research on Poverty* figurent parmi les plus connus⁸⁵.

C'est ainsi qu'ont démarré en 2006, sur le fondement de l'article 72 de la Constitution, une expérimentation sur le contrat de transition professionnelle dans sept bassins d'emploi ainsi qu'une expérimentation sur la simplification des contrats aidés et le revenu de solidarité active (RSA), étendue en 2007, l'une des propositions figurant dans le rapport déjà mentionné d'avril 2005 et s'inscrivant dans la politique de lutte contre la pauvreté.

L'État s'est engagé à couvrir, d'une part, la moitié des frais occasionnés aux départements par l'expérimentation du RSA-RMI, d'autre part une partie des coûts d'animation et de mise en œuvre opérationnelle de l'expérimentation RSA-API (allocation de parent isolé). La mobilisation de ce soutien financier passe par une convention entre l'État et les collectivités territoriales intéressées, dans laquelle chaque département décrit les modalités d'organisation concrètes de l'expérimentation⁸⁶ ainsi que les moyens spécifiques engagés pour la conduire. Les engagements pris par l'État portent aussi sur la mise à disposition de services, de moyens statistiques ou de personnels pour accompagner l'expérimentation. La convention sert en définitive à se mettre d'accord sur le contenu et les contours précis de l'expérimentation, à combiner des financements et à cadrer les obligations du bénéficiaire de la nouvelle prestation objet de l'expérimentation.

82 - Commission familles, vulnérabilité, pauvreté, « *Au possible nous sommes tenus* », rapport au ministre de la santé, avril 2005, voir la résolution 13 proposant la création d'une Agence nationale de l'expérimentation sociale.

83 - J.-B. de Foucauld, D. Piveteau, *Une société en quête de sens*, Odile Jacob, 1994.

84 - Décret du 13 février 2006.

85 - Sur ce développement et ce marché, voir D. Greenberg, M. Schroder, et M. Onstott, « The Social experiment market », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 13, n° 3, Summer 1999, p. 157-172.

86 - Il s'agit surtout de détailler l'expérimentation au plan technique, budgétaire et de l'évaluation scientifique mais aussi les moyens dédiés à l'expérimentation.



2. Le contrat en droit social

Dans le domaine social, le contrat a toujours tenu une place importante, en droit du travail d'abord car ce droit est en grande partie négocié entre partenaires sociaux à telle enseigne que, le plus souvent, aucune personne publique n'est partie à ces contrats et qu'on pourrait s'interroger sur la place de tels développements dans une réflexion consacrée au contrat comme mode d'action publique. Mais la puissance publique y est en réalité présente à plus d'un titre (cf. 7.4.1.1 *in fine*). D'autres champs comme l'organisation de la sécurité sociale ou l'action sociale réservent également aujourd'hui une place de plus en plus large au contrat, avec toutefois une logique et une approche différentes.

2.1. Relations du travail

La convention collective joue depuis la loi du 25 mars 1919 un rôle important en droit du travail. À l'origine, elle ne lie que les entreprises signataires. La loi du 24 juin 1936 introduit la procédure d'extension de la convention à toutes les entreprises d'une même branche ou profession par le ministre du travail (cf. 9.3.3) et impose un contenu minimum à la convention, qui doit désormais comporter des clauses obligatoires. Le champ de cette négociation est étendu au-delà du commerce et de l'industrie par la loi du 11 février 1950 qui légalise les accords d'établissement. La loi du 13 juillet 1971 reconnaît l'existence d'un « *droit des travailleurs à la négociation collective* », transformant le droit des conventions collectives en droit de la négociation collective. Elle accroît aussi le champ de cette négociation en instituant les accords d'entreprise soumis à un régime identique à celui de la convention de branche, en étendant l'objet des conventions collectives aux « garanties sociales », et en facilitant la procédure d'extension.

La convention collective a pour vocation principale de compléter la loi en améliorant la protection que prévoit cette dernière et en fixant des règles qui s'imposent ensuite aux contrats individuels de travail : le principe de faveur encourage la négociation au niveau inférieur, à condition qu'elle ne contredise pas les normes fixées au niveau supérieur⁸⁷. C'est dire que la négociation collective a traditionnellement pour but d'octroyer des avantages supplémentaires aux salariés, sans qu'il y ait nécessairement de « contrepartie » de leur part. Elle contribue aussi à la résolution des conflits survenant dans les relations professionnelles : les accords signés sont souvent des accords de sortie de grève, au niveau de l'entreprise, de la branche, ou interprofessionnels comme le furent les accords de Matignon en 1936 ou de Grenelle en 1968.

La négociation collective monte en puissance dans les années 1970. Si l'État n'en est pas directement partie prenante, il la suscite ou invite parfois les partenaires sociaux à traiter tel ou tel problème avant de reprendre à son compte dans une loi l'accord résultant de la négociation (cf. 8.2) ou de l'étendre (cf. 9.3.3).

87 - CE, Ass., avis du 22 mars 1973, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 8, p. 117. Ce principe n'a pas valeur constitutionnelle (cf. note 499).



Les traits les plus marquants de la négociation sociale au cours des dernières années ont été les suivants : des rendez-vous de négociation plus nombreux ; le développement des négociations d'entreprise ; une bonne résistance des accords de branche ; l'enrichissement de la négociation interprofessionnelle ; l'apparition d'accords dérogatoires à la loi.

2.1.1. Des rendez-vous imposés plus nombreux

L'obligation de négocier a été sans cesse renforcée sous l'impulsion de la loi, à tous les niveaux de négociation (entreprise, branche, interprofession), mais aussi des accords interprofessionnels.

La loi du 13 novembre 1982 instaure une obligation de négociation annuelle portant sur les salaires, les effectifs, les conditions de travail, la durée effective et l'organisation du temps de travail, la formation professionnelle et le droit d'expression dans les entreprises comprenant au moins une section syndicale. Elle impose à chaque branche d'ouvrir tous les ans des négociations sur les salaires, tous les trois ans sur les conditions d'accès à l'emploi et la formation professionnelle et tous les cinq ans sur les classifications.

La loi du 24 février 1984 a ajouté pour la branche une obligation de négocier tous les cinq ans sur les objectifs et les moyens de la formation professionnelle.

L'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 relatif aux contrats de travail à durée déterminée et au travail temporaire prévoit, en son article 9, qu'à l'occasion de la négociation annuelle de branche et d'entreprise les parties examinent la situation du travail flexible.

L'article 21 de la loi n°99-641 du 27 juillet 1999 impose aux employeurs de négocier chaque année dans l'entreprise sur les modalités d'un régime de prévoyance maladie lorsque les salariés ne sont pas déjà couverts par un accord de branche ou par l'accord d'entreprise.

La loi n°2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale complète, pour les entreprises de plus de 50 salariés, l'obligation de négocier sur la participation des salariés aux résultats.

La loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, qui supprime l'interdiction du travail de nuit des femmes en application de la directive européenne du 9 février 1976, oblige les partenaires sociaux à négocier tous les ans sur les objectifs et les moyens de réaliser cette égalité dans l'entreprise et tous les trois ans dans la branche.

La loi du 21 août 2003 impose de négocier tous les trois ans dans l'entreprise sur les conditions de travail et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences des salariés âgés ainsi que sur la pénibilité du travail.

Le Parlement a également adopté durant cette période des lois incitatives à la négociation sur le temps de travail en prévoyant le versement d'aides (cf. 3.1.1).



Ainsi, les négociations se multiplient à tous niveaux, singulièrement dans l'entreprise sur des thèmes de plus en plus nombreux⁸⁸.

2.1.2. Le développement de la négociation d'entreprise

Le rôle prédominant joué par la négociation de branche s'atténue et laisse place à une négociation organisée autour de l'entreprise. Les accords d'entreprise sont multipliés par six entre 1982 (2 400) et 2003 (15 800). Ils ont dépassé le chiffre de 21 000 en 2007. En outre, les lois du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000 relatives à la réduction du temps de travail obligent à passer par un accord d'entreprise pour bénéficier des allègements de cotisations sociales. D'où l'explosion des négociations au niveau de l'entreprise. Celle-ci découle aussi de la double volonté des employeurs d'instaurer un management participatif dans les entreprises et de déplacer le centre de gravité de la négociation au niveau où le rapport de force leur est le plus favorable. Les syndicats ne s'y sont pas opposés car c'est surtout dans l'entreprise qu'on trouve « du grain à moudre ». Malgré ce développement spectaculaire, seuls un peu plus de 15 % des salariés sont couverts par des accords d'entreprise⁸⁹.

- Les salaires en sont le thème principal : 80 % des accords et des avenants concernent ce sujet. À compter des années 1980, le nombre des accords signés diminue toutefois sensiblement : on négocie souvent sans aboutir et seulement la moitié des salariés bénéficient d'un accord salarial d'augmentation à compter de 2002. En revanche, le temps de travail, deuxième thème de la négociation d'entreprise, prend une place prépondérante, de même que l'épargne salariale et l'intéressement. En 2000 quatre accords sur dix portent sur la mise en place de tels dispositifs. Ont également fait leur apparition dans les années 1990 de nombreux accords portant sur l'emploi et la gestion des restructurations, le droit syndical, l'égalité professionnelle entre les hommes et femmes, ou les institutions représentatives du personnel. On négocie aussi sur la sécurité et la santé au travail. Les accords d'entreprise deviennent souvent multithématiques à partir de l'an 2000.

- On note enfin un changement profond dans la nature des accords passés : alors que jusque dans les années 1980 les accords signés s'inscrivaient dans une stratégie distributive consistant à reconnaître aux salariés toujours davantage de droits, les accords des années 1990 introduisent une logique donnant-donnant où l'entreprise recherche d'abord une augmentation de sa productivité et de sa compétitivité avant d'en redistribuer les bénéfices⁹⁰. Cette faculté de revenir sur des accords antérieurs par des accords donnant-donnant pose en termes nouveaux la question de la représentativité et de la légitimité des signataires de tels

88 - Cet enrôlement de la négociation sociale collective par l'État sur un agenda et des thèmes qu'il détermine unilatéralement pose la question de l'étendue de la liberté contractuelle des partenaires sociaux et renvoie au nouveau mode d'exercice du pouvoir étatique (cf. 12.2.8).

89 - Les entreprises signataires, 21 000 en 2007, ne représentent que 2 % au plus des 1,2 million d'entreprises employant plus d'un salarié. D'où le très faible taux de couverture des accords d'entreprise au regard de celle des accords de branche.

90 - R. Soubie, « La négociation collective : déclin ou renouveau ? » *Dr. Soc.*, 1984, p. 671, qui souligne, avant leur généralisation, l'apparition des accords donnant-donnant.



accords⁹¹. L'accord d'entreprise devient ainsi un instrument de gestion de celle-ci⁹². Par ailleurs, un nombre significatif d'accords concerne la procédure de négociation elle-même : ces accords de méthode et non pas de fond traitent de questions essentielles pour assurer la bonne foi dans la conduite de la négociation (information des parties...) et l'exécution des accords signés (mécanismes de suivi...).

La négociation collective devient dès lors un outil de régulation *a priori* des conditions et des relations du travail. Il ressort en effet des statistiques que la conflictualité a davantage baissé dans les entreprises ayant négocié et signé des accords depuis 1990 que dans les autres.

On assiste aussi à la signature d'accords-cadres transnationaux et à l'émergence des comités de groupe, donc au développement des négociations à ce niveau. Les accords de groupe traitent principalement des questions relatives à la représentation du personnel, d'harmonisation des statuts mais aussi de gestion de l'emploi. Autre nouveauté, ces accords tendent à mettre en place des accords de participation et d'épargne salariale.

De façon marginale, on assiste également à l'émergence d'une négociation territoriale à l'occasion de la mise en œuvre de la loi sur l'aménagement et la réduction du temps de travail ou sur le travail dominical.

2.1.3. La bonne résistance des accords de branche

Si le nombre des accords de branche reste pratiquement inchangé depuis le début des années 1980 (environ 1 000 par an), le nombre de salariés des établissements privés couverts par ces accords s'est nettement accru pour atteindre environ 85 % des salariés⁹³. La négociation de branche résiste donc bien malgré l'ascension de la négociation d'entreprise.

Cette négociation reste dominée par la thématique salariale, mais cette dernière connaît un fort déclin : alors qu'elle représentait 80 % des accords conclus en 1984, ce pourcentage tombe à 45 % en 2001. Comme au niveau de l'entreprise, il arrive qu'on négocie sans conclure : alors que le SMIC est relevé par décision unilatérale de l'État, beaucoup de *minima* de branche deviennent inférieurs au SMIC et le restent durablement, perdant ainsi toute signification. La négociation se reporte alors sur d'autres sujets et notamment sur la formation professionnelle, qui en devient l'épicentre, l'aménagement du temps de travail, l'emploi ou la protection sociale complémentaire.

91 - Mais aussi de leur formation : négocier la « flexsécurité » suppose d'adopter une posture qui ne soit pas seulement celle de la revendication tournée vers le « toujours plus ».

92 - J. Barthélémy, « La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1990, p. 580.

93 - Ce chiffre relativise le faible taux de syndicalisation, 8 % environ, en France. Malgré la faiblesse de ce taux, la quasi-totalité des salariés sont couverts par un accord collectif de branche. C'est le résultat de la procédure d'extension des accords de branche (cf. 9.3.3).



2.1.4. Des accords interprofessionnels au champ élargi

Au cours des années 1980 et 1990, à la suite de l'échec de la négociation de 1984 sur ce sujet, le thème de la flexibilité domine la négociation interprofessionnelle. Les accords interprofessionnels sont de trois types : des accords adaptent ou complètent la loi ou le règlement pour un certain nombre de professions (cf. 8.1.1), d'autres déterminent les conditions d'application de la loi en se substituant au pouvoir réglementaire (cf. 10.2.3) tandis que certains préfigurent la loi (cf. 8.3). Le nombre d'accords interprofessionnels, une cinquantaine par an en incluant les avenants, est inversement corrélé au degré d'intervention de l'État : lorsque cette intervention est très intense comme entre 1997 et 2000, le nombre d'accords interprofessionnels conclus baisse, d'environ 50 %. Lorsqu'en revanche l'État s'abstient d'intervenir massivement, le nombre des accords interprofessionnels augmente.

Le projet de refondation sociale, promu par le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) à partir de 2000, élargit le champ de la négociation interprofessionnelle : aux négociations traditionnelles sur le régime d'assurance chômage et la formation professionnelle s'ajoutent des négociations sur la santé au travail, les retraites complémentaires, l'égalité professionnelle entre hommes et femmes (accord national interprofessionnel du 1^{er} mars 2004) et sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

Le thème de la complémentarité entre la loi et la convention collective revient au cœur de la négociation interprofessionnelle. L'enjeu est de redéfinir l'articulation entre le domaine de la loi et celui de la négociation collective, la nature et l'étendue de l'obligation de respect par la norme conventionnelle de la norme législative supérieure (cf. 8.3). Ce débat intervient dans un contexte où la loi, qui détermine les principes fondamentaux du droit du travail, renvoie de plus en plus à la norme contractuelle pour définir ses conditions d'application (cf. 8.1.1).

2.1.5. L'ouverture du champ des accords dérogeant à la loi et des accords dérogatoires

Alors que l'accord de branche tend à égaliser les conditions de concurrence entre les entreprises d'un même secteur en définissant les règles de base applicables à tous les salariés, l'accent mis à partir des années 1980 sur les besoins de flexibilité dans la gestion de l'entreprise contribue à privilégier ce niveau de négociation par rapport à la branche (cf. 2.1.2). Mais cette évolution s'accompagne d'une autre, aussi significative.

À la suite du protocole d'accord du 17 juillet 1981, l'ordonnance du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés autorise des accords d'entreprise à déroger à la loi en vertu d'accords de branche étendus pour mieux adapter la législation sociale aux réalités et contraintes économiques de chaque entreprise, notamment en ce qui concerne la modulation du temps de travail⁹⁴.

94 - L'ordonnance permet aux entreprises de faire varier la durée hebdomadaire du travail à condition que la durée moyenne ne dépasse pas sur l'année 39 heures par semaines travaillées. Les heures travaillées au-delà de la durée légale (ramenée de 40 à 39 heures par l'ordonnance) sont majorées mais ne sont pas prises en compte dans le contingent d'heures supplémentaires.



Au cours des années suivantes, le régime de cette modulation est modifié à maintes reprises par la loi (cf. 8.1.1). C'est ainsi que se multiplient les accords donnant-donnant, qui comportent une possibilité de renonciation, dans le cadre d'une négociation globale (cf. 2.1.2), à certains avantages acquis.

Dernière étape dans ce processus, la loi du 4 mai 2004 ouvre la possibilité pour tout accord collectif de déroger à l'accord de niveau supérieur, sauf dans quatre champs (article L. 123-2-3 du code du travail), et si l'accord supérieur l'exclut expressément (cf. 8.1.1). Le pouvoir reconnu aux partenaires sociaux de signer des accords dérogatoires pose alors, avec davantage d'acuité, la question de leur représentativité et de leur légitimité (cf. 7.2.5).

2.2. Action sanitaire et sociale et protection sociale

Le contrat, s'il est largement utilisé en droit du travail, l'est aussi dans le domaine de la santé, de la protection sociale ainsi que de l'action sociale et médico-sociale. Un système conventionnel sophistiqué préside également à la fixation du prix des médicaments.

2.2.1. Les conventions avec les professions médicales et paramédicales

Le contrat est utilisé depuis 1971 pour définir au niveau national les relations de la puissance publique avec les professions médicales ou paramédicales. Se substituant aux conventions départementales antérieures qui réglaient, depuis 1960, les rapports entre caisses primaires d'assurance maladie et médecins, une convention nationale régit, depuis la réforme de 1971, les relations entre la sécurité sociale et les différentes professions médicales et paramédicales. Si cette convention n'est pas tripartite (profession médicale, sécurité sociale et État) mais bipartite (profession médicale et sécurité sociale)⁹⁵, l'État dispose d'un pouvoir d'approbation de la convention signée et son approbation confère à cette dernière une valeur réglementaire (cf. 9.3.2).

Depuis 1971, huit conventions⁹⁶ et de nombreux avenants⁹⁷ à ces conventions ont été signés avec la profession médicale (en 1971, 1976, 1980, 1985, 1990, 1993, 1997 et 2005) ainsi que de nombreuses autres avec les professions paramédicales, dont le sort juridique a été mouvementé (cf. 12.2.2).

95 - L'État est en revanche signataire, aux côtés des professionnels, des conventions annuelles fixant le montant des frais et tarifs d'analyses et examens de laboratoire ou les frais d'hospitalisation dans les établissements privés à but lucratif, mais ces conventions sont en réalité des actes réglementaires de fixation de tarifs, sans rapport avec une véritable convention. Si les conventions médicales sont formellement bipartites, l'État interfère de fait en permanence dans la négociation, compte-tenu de son enjeu politique et financier (cf. 7.4.1.1 et 13.1.2). Il en résulte que la convention signée l'est en général sur la base du plus petit dénominateur commun entre les trois acteurs impliqués dans une relation triangulaire complexe.

96 - Sur ce point, voir J.-J. Dupeyroux *et al.*, *Droit de la sécurité sociale*, 8^e édition, p. 411 et son *addendum*, p. 20 et suiv. Voir aussi *Droit de la santé*, 175-I Historique du système conventionnel, Lamy, 2006.

97 - La convention de 2005 a donné lieu à la signature de treize avenants entre mars 2005 et juin 2006.



Leur but initial était d'instaurer une médecine de ville de qualité et de faciliter, à une époque de pénurie de personnel médical, l'accès de toute la population aux soins sur l'ensemble du territoire en promouvant une tarification unique pour l'ensemble des professionnels. Le champ de ces conventions s'est progressivement élargi à d'autres domaines⁹⁸ : la formation médicale continue, la reconversion professionnelle, la maîtrise des dépenses de santé, les bonnes pratiques et la procédure d'évaluation, la transmission de données à l'assurance maladie, l'expérimentation et l'innovation, la coordination des soins avec le médecin référent.

Depuis les années 1980, la convention n'a plus pour objectif premier d'améliorer la situation des assurés, mais bien de régler les relations financières entre des professions libérales et la sécurité sociale et de contenir la progression des dépenses de médecine de ville en tentant de stabiliser deux de ses paramètres, le prix et le volume des consultations. Elle vise donc aussi à modifier les pratiques individuelles par le biais notamment de la formation des médecins et de l'éducation sanitaire des patients.

2.2.2. Les conventions avec les établissements sanitaires et sociaux

Le contrat a vu sa place se renforcer dans le secteur sanitaire à la suite de l'ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée et instituant les agences régionales de l'hospitalisation⁹⁹. Aux termes de l'article L. 6114-1 du code de la santé publique, ces agences concluent avec les établissements de santé, les groupements de coopération sanitaire et les autres titulaires de l'autorisation de délivrer des soins, des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM) d'une durée maximale de cinq ans. Le contenu de ces contrats est précisé aux articles L. 6114-2 et 3 de ce code.

Illustration de leur importance, 450 CPOM ont été signés entre l'Agence régionale de l'hospitalisation d'Ile-de-France (ARHIF) et les établissements sanitaires de la région. Deux établissements sur 452 n'en ont pas signé, en raison d'une situation économique incertaine (difficultés budgétaires ou fusion en cours). Ces contrats comportent plusieurs annexes dont la dernière, dédiée aux modalités financières, doit être signée avant l'été 2008.

Les établissements peuvent également signer un contrat de retour à l'équilibre financier (CREF). L'ARHIF en a signé 25 depuis 2004, avec un bilan qu'un récent rapport de l'IGAS décrit comme limité. Si, selon ce rapport, l'Agence a rempli toutes ses obligations contractuelles, les hôpitaux n'en ont pas tous fait autant.

Avant l'ordonnance de 1996, la loi du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales avait déjà ouvert la voie du conventionnement

98 - Sur les champs pouvant être ouverts à la négociation, voir l'avis de la section sociale du Conseil d'État du 2 avril 1985, EDCE 1986, n° 37, p. 185.

99 - Deux circulaires du Premier ministre en date des 7 juin 1996 et du 1^{er} décembre 2000 relatives aux conventions d'objectifs entre l'État et les associations prévoient à la même époque que le financement des associations assurant la gestion d'un service public social est conditionné par la conclusion de conventions d'objectifs entre l'État et ces associations.



par les collectivités publiques, notamment en direction des établissements et services accueillant les bénéficiaires de l'aide sociale. Selon l'article 11-2 de la loi, l'habilitation peut être assortie d'une convention et cette dernière doit préciser un certain nombre de mentions obligatoires qui ne figureraient pas dans l'habilitation¹⁰⁰. Afin d'assurer une coordination de l'action sociale et médico-sociale dans le département ainsi que la continuité de la prise en charge des bénéficiaires de l'aide sociale, des conventions pluriannuelles sont également, depuis 2002, conclues entre l'État ou le département et les gestionnaires d'établissements ou de services. Ces conventions¹⁰¹ précisent, selon l'article 27-7 de la loi modifiée du 30 juin 1975, les objectifs prévisionnels et les critères d'évaluation de l'activité et des coûts des prestations imputables à l'aide sociale. Des réseaux sociaux ou médico-sociaux peuvent ou doivent être créés par voie conventionnelle.

2.2.3. Les conventions d'objectifs et de gestion avec les caisses de sécurité sociale

L'ordonnance n°96-344 du 24 avril 1996 prévoit la conclusion de conventions entre l'État et les différentes caisses nationales de sécurité sociale : la Caisse nationale de l'assurance maladie, la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, la Caisse nationale des allocations familiales et l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS). Aux termes de l'article L.227-1 du code de la sécurité sociale, il s'agit de « *conventions d'objectifs et de gestion comportant des engagements réciproques des signataires.* » Couramment désignées par leur acronyme (COG), ces conventions « *déterminent (...) les objectifs pluriannuels de gestion, les moyens dont les branches et les organismes disposent pour les atteindre et les actions mises en œuvre à cette fin par chacun des signataires* » et « *prévoient, le cas échéant, les indicateurs quantitatifs et qualitatifs associés à la définition des objectifs* ». Ces COG sont conclues pour une durée de quatre ans mais prévoient la conclusion d'avenants pour tenir compte des lois de financement de la sécurité sociale qu'elles doivent respecter, ou de modifications importantes de la charge de travail liées à l'évolution du cadre législatif et réglementaire.

Leur contenu est assez strictement normé : on y trouve, par exemple, des développements sur l'évolution de l'offre de services de la caisse, sur la qualité du service aux usagers ou sur les indicateurs permettant de mesurer la réalisation des objectifs. Cependant, elles comportent assez peu de précisions sur les dispositions prises pour répondre, conformément à la loi n° 1998-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, aux besoins spécifiques des usagers les plus faibles.

Les objectifs définis dans les COG sont ensuite déclinés, en application de l'article L.227-3 du code de la sécurité sociale, dans des contrats pluriannuels de gestion, conclus entre, d'une part, chacune des Caisses nationales et l'ACOSS

100 - Par exemple les critères d'évaluation des actions conduites, les conditions d'attribution des avances financières ou les modalités de conciliation en cas de divergence.

101 - L'analogie avec les contrats d'objectifs et de moyens conclus entre les hôpitaux et les ARH est forte. Il s'agit dans les deux cas de responsabiliser et de donner de la visibilité aux opérateurs.



et, d'autre part, chacun de leurs organismes régionaux ou locaux. Par exemple, la COG de la Caisse nationale d'allocations familiales définit le montant du fonds national d'action sociale et l'utilisation des crédits de ce fonds fait ensuite l'objet, en vue de sa répartition, d'une négociation avec chaque caisse d'allocations familiales.

Les COG tendent en définitive à substituer à un rapport unilatéral de tutelle, aux conditions d'exercice aléatoires et imprévisibles pour l'entité sous tutelle, un rapport rationnel et prévisible à moyen terme¹⁰². Le recours au contrat sert ici à renforcer l'autonomie de gestion et à objectiver l'exercice de la tutelle, grâce à une définition des résultats à atteindre et à des instruments de mesure de la performance¹⁰³.

2.2.4. La fixation du prix des médicaments

Pour qu'un médicament¹⁰⁴ puisse faire l'objet d'un remboursement, il doit être inscrit sur une liste établie par arrêté ministériel. Et seuls peuvent être inscrits sur cette liste les médicaments pour lesquels il est démontré qu'ils apportent un service médical rendu (SMR), indication par indication¹⁰⁵.

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) laisse le soin aux États membres d'apprécier et de décider souverainement leur politique de prix du médicament, dès lors qu'elle repose sur des conditions objectives et vérifiables (CJCE, affaire C-238/82, 7 février 1984, *Duphar*), en n'ignorant pas son impact sur les dépenses de santé¹⁰⁶. Pour éviter des disparités et prévenir les obstacles à la libre circulation, la directive CEE n° 89/105 du conseil du 21 décembre 1988 relative à la transparence des mesures régissant le prix des médicaments et leur inclusion dans le champ d'application des systèmes d'assurance maladie a encadré la marge de manœuvre des États : tout refus d'inscription d'un médicament sur la liste doit comporter un exposé des motifs fondé sur des critères objectifs et vérifiables, et aucune discrimination ne saurait être opérée entre les médicaments nationaux et ceux provenant d'autres États membres.

102 - M. Laroque, « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », *AJDA*, 2003, p. 976.

103 - Elles doivent, sur ce point, être rapprochées des contrats qui ont eu pour objet de faire évoluer le mode d'exercice de la tutelle sur les entreprises publiques (cf. 3.1.3).

104 - L'article L. 5111-1 du code de la santé publique le définit ainsi : « *substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique* ».

105 - La légalité de ces dispositions a été admise par le Conseil d'État (CE, 6 octobre 2000, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, requête n° 215145).

106 - La participation de l'assuré est fixée en France par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) dans les limites suivantes : de 60 à 70 % pour les médicaments principalement destinés à des traitements sans gravité, de 30 à 70 % pour les autres médicaments ; elle peut aussi être supprimée dans le cas des affections les plus graves (article L. 322-3 du code de sécurité sociale relatif aux affections de longue durée).



Les conditions de prise en charge des médicaments par l'assurance maladie sont en effet couplées avec un mécanisme de régulation du prix du médicament. Si la pharmacie a connu un régime de liberté des prix jusqu'en 1939, ce prix est actuellement fixé de manière régalienne. Les ministres chargés de l'économie, de la santé et de la sécurité sociale ou le Comité économique des produits de santé (CEPS)¹⁰⁷ peuvent fixer par décision unilatérale les prix et les marges des produits ainsi que les prix des prestations de services pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale (article 28 de la loi du 30 juillet 1987). Dérogation expresse à la règle générale de la liberté des prix posée à l'article L. 410-2 du code de commerce¹⁰⁸, ce régime de contrôle des prix des spécialités remboursables est directement fondé sur un objectif de maîtrise des dépenses d'assurance maladie, qui présente une valeur constitutionnelle (décision n°97-393 DC du 18 décembre 1997), et l'exigence d'équilibre financier de la sécurité sociale.

De nombreux textes (loi du 23 décembre 1998 et décret du 2 juillet 1999) ou accords-cadres (accord-cadre du 25 janvier 1994 entre l'État et le Syndicat national de l'industrie pharmaceutique¹⁰⁹) sont venus préciser, en amont de leur fixation unilatérale, les conditions d'une fixation conventionnelle des prix de production des médicaments remboursables sous l'égide du CEPS. Dans ce système, le prix du médicament est déterminé pour quatre ans, par contrat conclu avec les laboratoires et portant sur tout ou partie de leur portefeuille de produits inscrits sur la liste des médicaments remboursables¹¹⁰. Cette détermination contractuelle du prix repose sur de nombreux critères, dont le SMR, véritable pivot de la négociation entre les laboratoires et le CEPS. Les déclarations de prix formulées par le laboratoire sont transmises au CEPS après avis de la commission de la transparence, instance d'expertise médico-technique dont les avis ont le caractère d'actes préparatoires à la décision d'inscription¹¹¹. Cet avis ne lie ni le CEPS ni les ministres, qui peuvent s'en écarter¹¹². Le CEPS, qui doit respecter les orientations ministérielles (article L. 162-16-4 du code de la sécurité sociale)¹¹³, peut constater l'irrecevabilité de la déclaration ou s'opposer au prix demandé. L'entreprise dispose alors d'un délai de 15 jours pour formuler

107 - Article L. 162-17-3 du code de la sécurité sociale : « *est créé, auprès des ministres compétents, un Comité économique des produits de santé. Le comité contribue à l'élaboration de la politique économique du médicament. Il met en œuvre les orientations qu'il reçoit des ministres compétents, en application de la loi de financement de la sécurité sociale (...).* »

108 - Article L. 410-2, alinéa 1 du code de commerce : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.* »

109 - Saisi d'un recours contre le décret n° 97-1275 du 29 décembre 1997 relatif au fonctionnement du comité du médicament, le Conseil d'État a jugé que la fixation du prix de vente des médicaments spécialisés par voie conventionnelle ne constituait pas un mécanisme de blocage des prix (24 février 1999, *Syndicat des pharmaciens indépendants de La Réunion*, requête n° 194554).

110 - En signant la convention, le laboratoire signataire s'engage parallèlement à respecter la charte de la visite médicale prévue à l'article L. 162-17-8 du code de sécurité sociale.

111 - B. Mathieu, D. Tabuteau et A. Laude, *Droit de la santé*, 2007, p. 76. Ces avis ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 6 octobre 2002, *SA Novartis Pharma*, requête n° 210733).

112 - CE, 2 février 2005, *Sté Thérel Lucien Pharma*, requête n° 265052.

113 - C. Daburon Garcia, *Le médicament*, thèse soutenue à l'université des sciences sociales de Toulouse 1, 2001, p. 445.



une nouvelle déclaration. Si l'entreprise ne reformule pas sa déclaration ou si le CEPS l'estime à nouveau irrecevable, le refus est définitif. L'opposition du comité doit être expressément et précisément motivée¹¹⁴.

Dans ce système contractuel, le CEPS dispose aussi d'un pouvoir d'initiative de révision du prix : il peut en effet demander à l'entreprise de conclure un avenant, notamment lorsque les orientations reçues de la part des ministres ne sont plus compatibles avec les conventions signées, ou lorsque l'évolution des dépenses du médicament ne respecte pas l'objectif national des dépenses de l'assurance maladie (ONDAM). Selon l'article R 162-20-2 du code de la sécurité sociale, le laboratoire dispose alors d'un délai d'un mois après la notification de la révision du prix pour présenter ses observations au CEPS. À défaut de conclusion d'un avenant dans un délai de deux mois après cette notification, le CEPS peut résilier la convention. Toutefois, dès lors que la société a explicitement refusé la proposition d'avenant, le CEPS est en droit de résilier la convention avant l'expiration de ce délai de deux mois : cette résiliation prend effet à compter de l'intervention de la décision fixant unilatéralement le nouveau prix des spécialités à défaut de convention¹¹⁵. En revanche, si la demande de révision émane du laboratoire, le CEPS dispose d'un délai de 90 jours pour se prononcer sur le dossier.

2.3. Lutte contre l'exclusion et action sociale

Du fait du ralentissement de la croissance économique à compter de la fin des années 1970, la puissance publique a été conduite à définir de nouvelles politiques pour répondre aux maux sociaux apparus à cette époque : le chômage de masse, la pauvreté, l'anomie et l'exclusion. Pour leur mise en œuvre, ces politiques font souvent appel au contrat.

2.3.1. Le contrat d'insertion du RMI

Le vote de la loi du 1^{er} décembre 1988 portant création du revenu minimum d'insertion (RMI) illustre les problèmes soulevés par le recours à la figure du contrat dans le débat politique et dans les politiques sociales¹¹⁶. Alors que le RMI ne constitue pas un droit à allocation conditionné par l'insertion mais un double droit à allocation et à insertion, de nombreux commentateurs, s'appuyant sur les ambiguïtés des articles 13 et 16 de la loi et sur la mention par celle-ci du « non-respect du contrat »¹¹⁷, ont fait valoir que satisfaire à l'obligation d'insertion conditionnait le maintien du droit à l'allocation. La circulaire du 9 mars 1989 dénie au contrat d'insertion la qualification de contrat de droit civil ; les

114 - *Rapport d'activité 2006 du CEPS*, Annexe 2, 2007, p. 43.

115 - CE, 30 mars 2005, *SA Laboratoires Servier*, requête n° 255751.

116 - R. Lafore, « Le contrat dans la protection sociale », *Dr. Soc.*, 2003, p. 105.

117 - Les débats parlementaires avaient pourtant clairement écarté toute idée de contrepartie au versement du RMI.



interprétations les plus diverses ont été proposées à son sujet¹¹⁸ : contrat de droit public, contrat de droit privé coloré de service public, contrat *sui generis*¹¹⁹.

La jurisprudence du Conseil d'État sur ce contrat n'est pas très abondante : elle a validé deux décisions de suspension du versement du RMI pour refus de présenter un projet d'insertion crédible (CE, 21 mars 2007, *Département du Territoire de Belfort*, requête n°282963, *AJDA*, 2007, 1611, note F. Tourette) ou de signer le contrat d'insertion (CE, 29 novembre 1999, *Lipmanov*, requête n° 194040).

Les statistiques les plus récentes relatives à ce contrat datent de 2006¹²⁰. Elles consolident les données de 78 départements et portent sur 81 % des titulaires du RMI. 541 000 contrats d'insertion ont été signés dans l'année, ce qui donne un taux brut de contractualisation de 53 %. Ce taux varie fortement d'un département à l'autre, sans que cet écart soit lié au nombre d'allocataires ou à leur proportion par rapport à la population totale¹²¹. La majorité des contrats prévoient des actions d'insertion professionnelle (52 %), les autres des actions destinées à l'insertion sociale (48 %).

2.3.2. Les contrats de retour à l'emploi

Le plan d'aide au retour à l'emploi (PARE) est né à l'occasion de la négociation en 2000 de la convention Unedic sur l'indemnisation du chômage. La démarche s'inspire directement de la législation britannique sur le « *jobseeker's allowance* » liant le versement de l'allocation à une recherche active et permanente d'emploi. L'idée sous-jacente est qu'une personne à la recherche d'un emploi ne doit pas être seulement passive (percevoir l'indemnisation du chômage et pointer régulièrement à l'Agence nationale pour l'emploi) mais démontrer parallèlement qu'elle se forme, s'astreint à une recherche *active* d'emploi, s'y implique réellement et ne refuse pas sans raison des offres valables d'emploi. Le chômeur est ainsi « responsabilisé » : à lui de se prendre en mains, avec l'aide du service public, et de démontrer qu'il accomplit des efforts en contrepartie du versement d'une allocation. Cette implication personnelle prend, depuis juillet 2001, la forme de la signature du PARE au moment de l'inscription à l'Assedic et d'un projet d'action personnalisé (PAP) établi avec l'ANPE dans le mois qui suit l'inscription comme demandeur d'emploi.

118 - J.-M. Belorgey, « Le contrat d'insertion », in *Le contrat, usages et abus d'une notion*, Desclée de Brouwer, 1999 ; S. Mathieu-Cabouat, « Le RMI : allocation ou contrat ? Un choix nécessaire », *Dr. Soc.*, 1989, p. 611.

119 - De même, la détermination de la juridiction compétente a-t-elle donné lieu à quelques hésitations (« Le contentieux du contrat d'insertion : question de compétence et de recevabilité », *R. Dr. Sanit. Soc.*, 1989, p. 633).

120 - Bilan annuel 2006 de la direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES) du ministère de la santé, de la jeunesse et des sports, novembre 2007, 13 p.

121 - Le taux de 53 % est un taux global, correspondant à la fois aux contrats familiaux et aux contrats individuels. Ils peuvent se combiner au sein d'un foyer : certains départements ne signent que des contrats individuels, d'autres des contrats familiaux, la plupart combinent les deux.



Le débat a porté sur le caractère obligatoire du PARE¹²², la nature de ce contrat conclu avec l'Assedic et sur la sanction éventuelle de l'absence de comportement actif. Beaucoup ont souligné l'inadéquation du cadre contractuel car les obligations du chômeur, de même que son droit à l'allocation, découlaient directement de la convention Unedic du 1^{er} janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage (*JORF* du 6 décembre 2000) et du code du travail (article L. 351-16) : c'est d'ailleurs ce qu'a rappelé le Conseil d'État dans sa décision *Syndicat Sud Travail* du 11 juillet 2001 (*Dr. soc.*, 2001, p. 857, concl. S. Boissard, *JCP G* 2002, II, 10058, note X. Prétot). Pouvait-on dans ces conditions supprimer le versement de l'allocation chômage et sous quel contrôle ? Certains tribunaux judiciaires l'avaient un temps cru. Finalement, le PARE a donné lieu à une abondante littérature qui a essayé de rationaliser la place de ce nouveau « contrat », qui se superpose aux rapports de droit public entretenus avec l'ANPE et la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP), dans un paysage déjà passablement encombré et a inventé à cet effet ou plutôt étendu à ce domaine la catégorie du « contrat pédagogique »¹²³. Par-delà ce débat théorique, nul ne conteste sérieusement que le PARE a permis de personnaliser les aides et l'accompagnement des chômeurs et d'obtenir une adhésion plus grande des intéressés au plan défini en commun.

Les réflexions sur le reclassement des chômeurs se sont poursuivies postérieurement à la mise en œuvre du PARE. Elles persistent à placer le contrat au cœur des expérimentations en cours :

- contrat de transition professionnelle, expérimenté jusqu'en 2009 (cf. 1.5.2) dont devraient sortir des enseignements précieux sur l'organisation et les modalités d'accompagnement des chômeurs ainsi que sur le niveau d'indemnisation du chômage ;
- contrat signé, dans le cadre de l'expérimentation du RSA (cf. 1.5.2), entre le représentant de l'État dans le département et le bénéficiaire du RSA-API, et énumérant les engagements réciproques des deux parties au regard de l'emploi¹²⁴, ou contrat d'insertion conclu entre le département et le bénéficiaire du RSA-RMI précisant de même « *les engagements réciproques au regard de l'emploi* » (article 19, 3^o de la loi du 1^{er} août 2007).

Le rapport Boissonat de 1995¹²⁵ avait déjà retenu le terme de « contrat d'activité » pour qualifier la transition qu'il préconisait entre emploi et

122 - La rédaction ambiguë de l'article 1^{er}, § 3 du règlement annexé à la convention a créé beaucoup de doutes et la publication du rapport du Comité supérieur de l'emploi le même jour que l'arrêté du 4 décembre 2000 approuvant la convention n'a pas suffi à les dissiper.

123 - Ch. Willmann, « Le chômeur cocontractant », *Dr. Soc.*, avril 2001, p. 384 ; M. Mekki, « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *Revue des contrats*, 1^{er} avril 2006, p. 297.

124 - La signature de ce contrat peut être déléguée. Le représentant de l'État dans le département peut en effet, par convention, confier au président du conseil général, ou aux organismes sociaux compétents, le soin de désigner en leur sein la personne chargée d'élaborer le contrat avec le bénéficiaire du RSA-API et d'en suivre le bon déroulement. À cet effet, ces organismes passent entre eux toute convention qu'ils jugeront utile.

125 - J. Boissonat, *Le travail dans vingt ans*, Rapport du Commissariat général du Plan, Odile Jacob, 1995.



chômage. Certaines organisations syndicales parlent maintenant volontiers de « sécurité sociale professionnelle » pour décrire le futur régime d'indemnisation du chômage. Commentant les propositions de la Commission sur la libération de la croissance française relatives à la réforme du marché de l'emploi, Jacques Attali se prononce dans le même sens en novembre 2007¹²⁶ : « nous voulons donner un statut au chercheur d'emploi, terme que nous préférons à celui de demandeur d'emploi. Il faut qu'il ait un revenu et un véritable contrat, assimilable à un contrat de travail, et qu'il puisse bénéficier du plein soutien du service public de l'emploi »¹²⁷.

2.3.3. *Le contrat d'accueil et d'intégration*

Suivant la suggestion émise en 2002 par le Haut Conseil à l'intégration (HCI), le Président de la République a manifesté le 14 octobre 2002 son souhait de voir accueillis dans de meilleures conditions les primo arrivants et « que chaque nouvel arrivant s'engage dans un véritable contrat d'intégration comprenant notamment la possibilité d'accéder à des formations et à un apprentissage rapide de notre langue ». Ce nouveau contrat a été immédiatement expérimenté dans plusieurs départements avec le soutien des associations, sans aucune base législative ou réglementaire. Puis son déploiement s'est effectué en trois temps.

L'article 146 de la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 institue ce contrat et, pour le déployer, une nouvelle agence publique, l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM)¹²⁸. Le contrat n'est à ce moment-là que facultatif.

La loi du 24 juillet 2006 le rend obligatoire et prévoit que l'étendue de son respect entrera en ligne de compte lors de l'examen du droit au séjour.

La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration lui superpose un « contrat d'accueil et d'intégration pour la famille » en cas de regroupement familial avec enfants. Le non-respect de ce dernier contrat peut déclencher la mise en œuvre du contrat de responsabilité parentale (cf. 2.3.4).

Le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens de l'ANAEM, signé en 2006, détaille l'évolution de l'offre de l'agence et fixe ses objectifs, sur la période 2007-2009, en mesurant leur réalisation par des indicateurs élaborés conformément aux exigences de la LOLF et pour chacune des trois actions du programme « Accueil des étrangers et intégration » auxquelles participe l'agence. Le nombre de CAI signés en fait partie (plus de 115 000 sont prévus en 2007), ce dernier étant pris en compte pour déterminer la rémunération variable des agents. La question de la nature juridique exacte de ce contrat demeure entière (cf. 9.2.1).

126 - Interview à *La Tribune*, 13 novembre 2007.

127 - Ce contrat de travail serait signé avec les services de l'emploi. Son bénéficiaire se rendrait quotidiennement auprès de son organisme de placement et consacrerait un plein temps à sa recherche.

128 - Cette agence n'est pas entièrement nouvelle puisqu'elle prend la suite de l'OMI (Office des migrations internationales) et regroupe également les missions de service public autrefois confiées à une association, le Service social d'aide aux émigrants (SSAE).



2.3.4. Le contrat de responsabilité parentale

Certains parquets ont mis en place, à la fin des années 1990, des stages de responsabilité parentale destinés à accompagner les parents dans leur mission éducative. Le « contrat de responsabilité parentale » (CRP) est pour sa part organisé par l'article L. 222-4-1 du code de l'action sociale et des familles dans sa rédaction issue des articles 48-I de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances et 21 de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. Ses modalités de mise en œuvre sont précisées par le décret n° 2006-1104 du 1^{er} septembre 2006 relatif au contrat de responsabilité parentale¹²⁹.

Il est conclu en cas d'absentéisme scolaire, de trouble apporté au fonctionnement d'un établissement scolaire ou en présence de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale. Le président du conseil général propose alors aux parents ou au titulaire de l'autorité parentale de conclure un tel contrat.

D'une durée de six mois en principe, il rappelle les obligations des titulaires de l'autorité parentale et énumère toutes les mesures d'aide et d'action sociale destinées à remédier à la situation, en particulier quant à l'aide scolaire. Il est assorti d'un dispositif de sanctions : si le contrat n'est pas respecté ou n'a pas pu être signé, le président du conseil général peut demander la suspension de tout ou partie des prestations afférentes à l'enfant durant douze mois au plus¹³⁰, saisir le procureur de la République des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ou encore saisir l'autorité judiciaire pour qu'il soit fait application, s'il y a lieu, de l'article L. 375-9-1 du code civil avec la désignation d'un délégué aux allocations familiales.

Comme le CRP n'ajoute rien de nouveau par rapport à ce qui figurait déjà dans la loi, il a parfois été assimilé à une nouvelle variété du « contrat pédagogique »¹³¹. Pour d'autres, il s'analyse en un véritable contrat administratif¹³².

2.3.5. Logement social

Les types de contrat auxquels il est fait recours dans ce domaine sont extrêmement variés.

La politique du logement est, pour partie, déclinée grâce à des accords conclus entre représentants des propriétaires et des locataires.

129 - Publié au *JORF* du 2 septembre 2006, p. 13095. Voir aussi la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 sur la conformité à la constitution de la loi pour l'égalité des chances, notamment les considérants 36 à 38 sur le pouvoir de punition conféré au président du conseil général.

130 - Article L. 552-3 du code de la sécurité sociale.

131 - J. Rochfeld, « Le CRP, nouvelle figure du contrat pédagogique », *Revue des contrats*, 1^{er} juillet 2006, p. 665. Les contrats de droit privé contiennent aussi parfois des clauses purement informatives : la jurisprudence de la Cour de cassation distingue dans le contrat de travail des clauses contractuelles et des clauses informatives.

132 - F. Rolin, « Un contrat administratif d'un nouveau type ? Le CRP », *ibid.*, p. 849.



Le contrat occupe également une place importante en matière d'accès au logement social, surtout depuis que la loi du 3 janvier 1977 a exigé un conventionnement pour que l'organisme d'habitation à loyer modéré (HLM) puisse obtenir un prêt locatif aidé (PLA) et le locataire l'aide personnalisée au logement (APL). Des conventions-types précisent les plafonds de loyer et de ressources ou encore les conditions de réservation des logements au profit de l'État.

Les très nombreuses lois récentes relatives au logement social ont encore étendu le champ contractuel.

La loi « libertés et responsabilités locales » du 13 août 2004 a prévu un conventionnement global volontaire, par organisme d'HLM et pour six ans. Elle a ouvert aux départements et aux établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) la possibilité de contracter par délégation directement avec un bailleur. En échange d'apports de terrains, de financements ou de garanties financières, les communes et les EPCI peuvent bénéficier, en passant des conventions de réservation avec les organismes d'HLM, d'un droit d'attribution de logements sociaux¹³³. De plus, les EPCI peuvent, en application de l'article L. 441-1-1, conclure avec les organismes disposant d'un patrimoine locatif social un accord collectif intercommunal d'une durée de trois ans. Cet accord définit pour chaque commune un engagement annuel quantifié d'attribution de logements ainsi que les moyens nécessaires à l'accompagnement et au suivi de cet engagement.

La possibilité de contracter est également ouverte à l'Agence nationale de l'habitat (ANAH). Ainsi, dans le cadre de programmes sociaux thématiques (PST) mis en place par une convention entre l'ANAH, l'État, et une collectivité territoriale, une négociation s'opère avec les propriétaires privés afin de réhabiliter des logements destinés à des personnes défavorisées. Et si le propriétaire s'engage à respecter un loyer conventionné pendant neuf ans et à loger des personnes en difficulté, il peut bénéficier depuis le 1^{er} octobre 2006 d'une subvention majorée pour ses travaux¹³⁴.

La loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable¹³⁵ comporte des dispositions relatives à l'amélioration de la solvabilité des locataires. Elle crée à cet effet un fonds pour la garantie des revenus locatifs, mis en place en décembre 2006 par voie conventionnelle¹³⁶. Ce fonds permettra aux bailleurs qui sous-louent des logements à des personnes modestes de bénéficier du dispositif dit « Borloo dans l'ancien », c'est-à-dire d'une déduction fiscale sur les revenus fonciers.

Par ailleurs, le préfet, après décision en ce sens d'une commission départementale de médiation, sera tenu à partir de décembre 2008 de trouver un logement aux personnes déclarées prioritaires. La réponse préfectorale pourra passer par un logement social, mais également par le recours au parc privé conventionné,

133 - Articles L. 441 et suivants du code de la construction et de l'habitation.

134 - Cf. www.anah.fr

135 - Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007, dite loi « Dalo ».

136 - A. Delvaux, « La loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable », *Regards sur l'actualité*, juin-juillet 2007, p. 78-80.



afin de ne pas reporter l'effort d'accueil sur le seul parc HLM. Alors qu'était initialement envisagé un « droit de réservation » de logements privés conventionnés, cette attribution ne sera possible que si le bailleur privé a accepté cette possibilité dans la convention qu'il a signée¹³⁷.

3. En droit économique et fiscal

S'il est fréquemment utilisé dans le domaine social, le contrat sert aussi de support à des opérations économiques, d'échange surtout. Il a donc été utilisé très tôt en droit public comme vecteur de l'intervention économique des personnes publiques. Son utilisation fiscale est restée, par comparaison, très réduite.

3.1. Droit économique

Le recours au contrat comme support aux interventions économiques de la puissance publique ne surprend guère car c'est son mode traditionnel et privilégié d'intervention en la matière, en complément de la réglementation unilatérale. L'interventionnisme économique qui caractérise la gestion publique à partir de la crise de 1929¹³⁸ passe souvent par le contrat. Ainsi en va-t-il par exemple des interventions dans le domaine agricole depuis 1936, la régulation des marchés étant confiée à des offices dont l'instrument privilégié d'intervention est le contrat ou encore des garanties financières accordées par l'État à des entreprises privées¹³⁹.

Ce qui est davantage nouveau, c'est l'accent mis, en matière d'interventionnisme économique, sur le primat du contrat par rapport à la réglementation unilatérale, l'idée que dans une économie de marché complexe et ouverte sur le monde, la régulation s'effectue d'abord par le contrat. L'irruption récente des technologies de l'information et de la communication n'a fait qu'accélérer les échanges et le recours au contrat¹⁴⁰. Et il est vrai que le marché peut aussi

137 - P. Quilichini, « Le droit au logement opposable », *AJDI*, mai 2007, p. 367.

138 - Il concerne aussi bien l'État que les collectivités locales. Pour un bilan critique récent des aides au développement économique mises en place par ces dernières pour un montant de 6 milliards d'euros en 2004, voir Cour des comptes, *Les aides des collectivités territoriales au développement économique*, rapport public thématique (www.comptes.fr).

139 - D'après l'article 34 II 5° de la LOLF, la garantie de l'État doit être autorisée préalablement par une loi de finances. Il en découle que si le gouvernement accorde par contrat sa garantie avant l'intervention du législateur il doit inclure une condition résolutoire dans ce contrat. Par ailleurs, l'absence de définition de la notion de garantie dans la LOLF doit conduire à inclure dans le champ de cette procédure tous les mécanismes par lesquels l'État accepte d'assumer une charge financière éventuelle qui normalement incombe au tiers garanti, alors même que cette garantie résulterait d'un contrat (Assemblée générale, projet de loi de finances rectificative pour 2007, n° 381006).

140 - J. Rochfeld, « Les rapports entre la régulation et le contrat renouvelés par l'Internet », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, sous la direction de M.-A. Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Thèmes et commentaires 2006, p. 209 et suiv. Voir aussi Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 1998.



apporter des solutions efficaces à des problèmes qui ne peuvent être résolus par le seul maniement de l'acte unilatéral. La création d'un marché des droits à polluer en fournit une illustration récente dans le domaine de la lutte contre le réchauffement climatique : après allocation de droits à polluer par décisions unilatérales, préalablement négociées globalement avec l'Union européenne, l'échange contractuel de ces droits sur le marché aboutit à un système efficace d'incitations.

3.1.1. Les aides économiques et à la création d'emplois

L'attribution d'une aide publique économique est fréquemment autorisée par une loi ou une mesure réglementaire unilatérale¹⁴¹, mais son versement intervient selon des procédés plus ou moins contractuels prescrits ou non par les textes les instituant. Ainsi, par exemple, l'article 10 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration impose le recours au contrat dès qu'une subvention dépasse le montant de 153 000 euros.

Si la qualification de contrat vient immédiatement à l'esprit, car l'administration entre dans une logique de donnant-donnant avec l'entreprise ou l'employeur (des aides ou des exonérations de charges sociales contre des résultats à atteindre en matière économique ou d'emploi), la jurisprudence ne la retient pas toujours.

En matière d'attribution d'aides, elle utilise volontiers la notion d'acte conditionnant (CE, Sect., 10 mars 1967, *Ministre de l'économie et des finances c/ Soc. SAMAT*, rec. p. 113, *AJDA*, p. 280, concl. Y. Galmot pour un agrément conditionnant une exonération fiscale). Il en découle pour l'administration la possibilité de retirer le bénéfice de l'aide si les objectifs prévus ne sont pas atteints : créations d'emplois non réalisées ou fermeture du site. C'est une analyse de même nature qui a été retenue pour l'attribution des primes de développement industriel en application du décret du 21 mars 1969¹⁴² ou d'aménagement du territoire versées par la DATAR en application du décret du 11 avril 1972 : leur octroi résulte d'une décision administrative unilatérale¹⁴³, largement discrétionnaire puisqu'une entreprise n'y a aucun droit alors même qu'elle remplit toutes les conditions légales pour y prétendre (CE, 14 décembre 1988, *SA Gibert Marine*, rec. p. 443).

Un contrat par lequel une commune prend en charge, dans l'intérêt public et en utilisant des procédés de droit public, les dépenses liées à une opération de décentralisation jugée utile pour le développement de cette commune a, en revanche, pour objet d'assurer un service public et présente, selon la jurispru-

141 - De nouvelles aides sont créées régulièrement, par exemple récemment pour favoriser l'installation des entreprises dans les zones franches urbaines. Depuis le traité de Rome, leur création est soumise à de fortes contraintes par le droit européen.

142 - La décision d'attribution de la prime peut être retirée si les conditions de création d'emplois mises à son octroi ne sont pas respectées : CE, 8 juillet 1988, *Premier ministre c/ SABDEC*, rec. p. 280.

143 - M. Hecquard-Théron, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA*, 1993, p. 451.



dence, le caractère d'un contrat administratif (CE, 26 juin 1974, *Société « La Maison des Isolants-France »*, rec. p. 365).

Parmi les nombreuses aides octroyées aux entreprises au cours des dernières années, les aides à l'exportation et à l'emploi occupent une place croissante. Depuis la création du fonds national pour l'emploi (FNE) en 1963, les aides à l'emploi ont connu un développement considérable et concernent des milliers d'employeurs et des centaines de milliers de salariés tous les ans¹⁴⁴. Elles sont versées pour favoriser l'insertion des jeunes en difficulté, accompagner les licenciements économiques effectués dans le cadre de restructurations (conventions FNE) et le reclassement des salariés (conventions de conversion) ou favoriser la transition entre activité et retraite (cessation anticipée d'activité, préretraite...). Leur particularité est qu'elles mettent en jeu un contrat de droit public entre l'État et l'employeur (TC, 7 juin 1999, *Préfet de l'Essonne c/ Conseil de prud'hommes de Longjumeau*, requête n°03152 pour le contrat emploi solidarité), doublé d'un contrat de droit privé entre l'employeur et le salarié, contrat d'adhésion pour les préretraites FNE ou véritable contrat individuel comme dans le cas de la convention de conversion.

3.1.2. La fixation et le contrôle des prix

Le premier champ ouvert à la démarche contractuelle après 1945 fut celui de la sortie du régime du contrôle des prix, qui a prévalu de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix, à l'ordonnance de 1986 rétablissant la liberté des prix. Dans cette approche donnant-donnant, des contrats ont été conclus par la puissance publique avec les représentants des principales branches de l'économie qui liaient le retour progressif à la liberté des prix à des engagements de modération souscrits dans l'intérêt des consommateurs. Mais la jurisprudence a jugé que les engagements professionnels de stabilisation des prix, annexés aux arrêtés fixant le régime des prix, présentaient un caractère réglementaire (CE, Sect., 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, rec. p. 181, *AJDA*, 1973, p. 323, concl. Braibant, note Ch.-L. Vier).

Aujourd'hui encore, lorsqu'une profession semble commettre des excès dans sa politique tarifaire (grande distribution, pétroliers...), elle est convoquée à Bercy où elle est morigénée puis invitée, en réparation de sa mauvaise conduite, à conclure rapidement un engagement verbal, puis écrit, de modération ou de baisse des prix en présence de l'État. Ainsi, par exemple, dans la foulée du passage à l'euro et à un moment où se développe la polémique sur les marges « arrières » qui enrichissent le distributeur sans que le consommateur en tire bénéfice, la grande distribution a-t-elle été convoquée à Bercy en 2002 et 2003.

144 - Depuis la loi du 11 juin 1996, dite loi Robien, l'aménagement et la réduction du temps de travail s'accompagnent d'allègements de charges sociales. Ces allègements du coût du travail ont été amplifiés pour favoriser le passage aux 35 heures hebdomadaires. Ces aides portent aujourd'hui sur plus de 25 milliards d'euros par an. Pour rétablir en la matière une logique de donnant-donnant abandonnée en 2000, le Président de la République a avancé en novembre 2007 l'idée de lier ces allègements à des négociations de branche sur les salaires et notamment sur leurs minima (cf. 2.1.3). Un projet de loi est de nouveau envisagé pour fixer les critères et les modalités d'une telle conditionnalité.



Les discussions ont débouché sur un « engagement pour une baisse durable des prix à la consommation », signé sous l'égide du ministre de l'économie et des finances par les principaux représentants des fournisseurs, des distributeurs et du monde agricole le 17 juin 2004.

3.1.3. Les rapports de l'État avec les entreprises publiques

Le deuxième champ ouvert à la contractualisation de l'action économique après 1945 fut celui des rapports de l'État avec les entreprises publiques¹⁴⁵. Le rapport Nora de 1967 a été l'un des premiers à la promouvoir¹⁴⁶. Intervenant sur des marchés où commençait à jouer la concurrence, les entreprises publiques avaient besoin de visibilité et d'une stabilité de comportement de leur actionnaire public. Le « contrat de programme » suggéré par le rapport répondait à ce besoin : il avait pour but de conforter leur autonomie de gestion en limitant l'interventionnisme intempestif et désordonné des tutelles budgétaire et technique¹⁴⁷. Ce nouveau type de contrat s'inscrivait donc aussi dans une logique d'assouplissement de la tutelle : il s'agissait de passer d'une économie de commandement à une économie de responsabilité faisant apparaître des objectifs, des indicateurs de gestion et des compensations financières en contrepartie des contraintes de service public¹⁴⁸.

Les contrats avec les entreprises publiques¹⁴⁹ se sont depuis lors multipliés et constituent aujourd'hui encore le support juridique normal des rapports de celles-ci avec l'État. Ayant commencé par être expérimentés sans base législative, leur consécration découle de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, qui donne naissance dans un même mouvement au contrat de plan État-région et aux contrats passés entre l'État et les entreprises publiques (cf. 4). Les lois des 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire puis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques maintiennent l'existence de contrats de plan ou de cahiers des charges approuvés par décret et de contrats d'entreprise pluriannuels qui deviennent toutefois facultatifs. La loi n° 2004-803 du 11 août 2004 a remplacé ces deux types de contrat par un contrat de mission de service public spécifique aux sec-

145 - Voir aussi pour une approche comparative Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 1999.

146 - En réalité le rapport Toutée d'octobre 1963 sur les procédures de discussion des salaires dans le secteur public avait déjà pointé le lien entre la liberté de négociation salariale dans les entreprises à statut (sous la forme de « contrats de progrès ») et la restitution à ces entreprises d'une « certaine latitude dans la fixation des tarifs », gage d'une vie financière, économique et sociale réelle. Mais réaliste, il avait conclu qu'il est « plus difficile encore de dégager une marge d'autonomie pour les recettes que pour les dépenses ».

147 - Le contrat de programme est « la synthèse moderne de la direction par objectifs d'une entreprise autonome et du contrôle managérial exercé par son tuteur » pour reprendre l'expression du commissaire du gouvernement B. Martin-Laprade dans une affaire soumise au Conseil d'État (CE, Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicaliste des travailleurs des PTT et Syndicat CNT-PTE*, requête n° 176261 et 199219).

148 - Y. Jegouzo, « L'administration contractuelle en question », in *Mouvement du droit public, Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, p. 552 qui parle de « tutelle intelligente ».

149 - G. Lescuyer, « Le contrat de programme de GDF », *CJEG*, 1971, p. 31 ; J. Chappez, « Le contrat de programme entre l'État et l'ORTF », *AJDA*, 1972, p. 565.



teurs électrique et gazier qui définit « *les objectifs et les modalités de mise en œuvre des missions de service public* ». Ce contrat est obligatoire pour EDF et GDF et facultatif pour les autres opérateurs de ces secteurs.

En cas de privatisation, la gouvernance des anciennes entreprises publiques s'aligne progressivement sur celle des entreprises privées et le contrat de plan ou d'entreprise disparaît alors complètement pour laisser place au droit commun des sociétés.

Les contrats passés entre l'État et les entreprises publiques peuvent comporter un volet relatif à l'aménagement du territoire : La Poste vient par exemple de conclure fin 2007, en complément du contrat de plan couvrant la période 2003-2007 et en application de la loi n°2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation postale, un « contrat de présence postale territoriale » qui précise, en application du décret n°2007-310 du 5 mars 2007, les obligations de l'entreprise en matière d'aménagement du territoire de 2008 à 2010. Cet accord définit les conditions de répartition des crédits du fonds national de péréquation territoriale, doté notamment par l'allègement de la fiscalité locale dont bénéficie La Poste au titre de sa mission d'aménagement du territoire. Son objet principal est de répartir au plan national et départemental la ressource¹⁵⁰ allouée en contrepartie des obligations de présence postale en zone rurale, en zone urbaine sensible, en zone de montagne et dans les départements d'outre-mer.

3.1.4. Les services en réseau (énergie, audiovisuel et télécommunications) et le respect de la concurrence

La sortie de l'économie administrée de secteurs entiers (télécommunications, électricité...) s'est opérée en combinant la loi et l'acte administratif unilatéral¹⁵¹ et par la mise en place sur ces marchés ouverts à la concurrence d'autorités de régulation dotées d'une large indépendance et de pouvoirs de contrôle¹⁵².

L'influence européenne est ici manifeste. La construction européenne a en effet connu un tournant majeur dans les années 1980. L'adoption en 1986 de l'Acte unique fait de l'achèvement du marché unique l'objectif principal des Communautés européennes et opère un glissement de la réglementation vers la régulation¹⁵³. La construction européenne, jusque-là plutôt dominée par le droit

150 - Même si elle provient d'une exonération fiscale, cette ressource n'est pas d'une nature différente de celle des autres deniers maniés par cet EPIC.

151 - Ce phénomène dit de la déréglementation se traduit par un changement de la règle du jeu en introduisant par la loi la concurrence là où elle n'existait pas.

152 - J. Chevallier, « La mise en œuvre de la réforme des télécommunications », *RFDA*, 1997, 1118 et « De la CNCL au CSA », *AJDA*, 1989, p. 59. *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport annuel du Conseil d'État, 2001, La Documentation française.

153 - Autre manière de présenter les choses : après avoir mis, dans un premier temps, l'accent sur l'élimination des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire sur la pénétration du droit public dans l'univers contractuel, les autorités européennes ont inversé la méthode en faisant pénétrer la technique contractuelle dans le droit public économique. Il existe d'ailleurs une école économique de la régulation par le contrat aux États-Unis. La pratique des engagements contractés par les entreprises dans le cadre des opérations de fusion ou de concentration en Europe illustre l'importance de ce phénomène, de même que l'institution par plusieurs règlements européens d'exemptions contractuelles dans certains secteurs.



romano-germanique, devient alors davantage perméable au modèle anglo-saxon de la régulation, qui pousse lui-même à la contractualisation de l'élaboration de la norme et de l'action publique. Les règlements et directives communautaires imposent à l'époque aux États membres de se doter d'autorités de régulation, distinctes des opérateurs, qui ont pour mission d'élaborer la norme sectorielle après consultation de tous les intérêts économiques en présence, et d'en surveiller l'application en négociant des arrangements avec les opérateurs économiques du secteur ou en infligeant des sanctions¹⁵⁴. L'autorité de régulation des télécommunications (ART) est ainsi créée par la loi du 26 juillet 1996, transposant deux directives communautaires de 1990¹⁵⁵ et 1996¹⁵⁶, de même que la Commission de régulation de l'énergie (CRE) par la loi du 10 février 2000 qui transpose une directive de 1996¹⁵⁷. Ces nouvelles instances de régulation édictent souvent de la *soft law* (lignes directrices, chartes, codes de conduite...) qui n'a pas nécessairement de valeur normative, mais à laquelle les opérateurs décident de se conformer par des engagements unilatéraux ou bilatéraux.

Il est frappant de constater que très rapidement après l'édiction par l'État de nouvelles règles du jeu, la réglementation sectorielle et les sanctions qui en découlent font elles-mêmes l'objet de négociations. Les autorités indépendantes sectorielles (marchés financiers, télécommunications, électricité, gaz...) débattent fréquemment du contenu de la réglementation avec les professionnels et les principaux opérateurs économiques ou représentants du secteur. Le secteur privé devient ainsi directement associé à la production de la norme, d'abord technique et financière, quand il ne la suggère pas ou ne l'inspire pas¹⁵⁸. Certains commentateurs remarquent toutefois que cette imbrication du régulateur avec les intérêts en présence est inhérente à la régulation elle-même, qui n'est efficace qu'à condition de tenir compte des particularités techniques et économiques évolutives dont seuls les opérateurs sont familiers et dont on ne peut acquérir la maîtrise qu'à leur contact.

3.1.4.1. L'octroi des autorisations d'émettre

La loi¹⁵⁹ a conféré au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) le soin d'accorder les autorisations d'émettre qui sont, dans un secteur en mutation rapide, assorties de conventions.

154 - Selon la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, les autorités administratives indépendantes comme la Commission des opérations de bourse (COB), l'ART ou le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) peuvent être dotées d'un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leur mission dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer les droits et libertés constitutionnellement garantis (décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, considérant 6 ; décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, considérant 15 ; décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, considérant 50). Sur le pouvoir de sanction des autorités indépendantes, voir aussi *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport annuel du Conseil d'État, 2001, p. 358.

155 - Directive 90/388/CEE du 28 juin 1990.

156 - Directive 96/19/CE du 13 mars 1996.

157 - Directive 96/92/CE du 19 décembre 1996.

158 - J. Rochfeld, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC*, 2004-4, p. 915 et suiv.

159 - Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant et complétant la loi du 30 septembre 1986.



La loi du 30 septembre 1986 modifiée par celle du 17 janvier 1989¹⁶⁰ subordonne en effet la délivrance de ces autorisations à la signature d'une convention, d'une durée maximale de dix ans¹⁶¹, définissant les obligations à respecter par l'exploitant et les sanctions possibles. Ces obligations concernent par exemple le temps consacré à la diffusion d'œuvres françaises, de programmes éducatifs, ou bien les limites fixées à la publicité : assez strictes, elles rapprochent la convention d'un « contrat d'adhésion » (cf. 7.4.1.4.2) pour lequel les demandeurs n'ont que peu de marge de négociation¹⁶². Ce système de conventionnement est également applicable à la radiodiffusion sonore, à la télévision par câble et par satellite¹⁶³ et à la télévision numérique terrestre. Conformément aux dispositions de la loi du 30 septembre 1986, l'octroi des autorisations tient compte de la nécessité d'éviter les abus de position dominante et les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence¹⁶⁴.

3.1.4.2. La tarification des services en réseau

Pour l'énergie, la France a, contrairement à d'autres pays comme l'Allemagne, décidé de créer, par la loi du 10 février 2000, une autorité administrative indépendante chargée de l'énergie (électricité et gaz), distincte du Conseil de la concurrence, qui reste toutefois chargé de surveiller le fonctionnement concurrentiel du marché. La régulation opérée par la Commission de régulation de l'énergie (CRE) passe principalement par l'élaboration des tarifs d'utilisation des réseaux énergétiques. Si l'approbation de ces tarifs est juridiquement confiée au ministre de l'économie, la proposition de la CRE est déterminante et a toujours été intégralement suivie.

La régulation tarifaire prend deux formes principales¹⁶⁵ : la régulation « *cost plus* » et la régulation incitative. La première consiste à simplement couvrir les coûts comptables constatés. Elle est notamment appliquée aux opérateurs bénéficiant de droits spéciaux¹⁶⁶ et actifs sur des marchés concurrentiels pour vérifier l'absence de péréquation entre activités concurrentielles et activités réservées. Expérimenté en Grande-Bretagne, le second mode de tarification se rapproche davantage d'un contrat, puisque l'évolution du tarif n'est plus liée au coût, mais à des objectifs de performance à atteindre. La période de validité de la formule tarifaire s'est ainsi allongée, atteignant aujourd'hui entre trois et cinq ans. Destinée à stimuler les gains de productivité du secteur, cette formule a l'inconvénient de risquer de favoriser une dégradation de la qualité du service, les entreprises préférant diminuer leurs dépenses plutôt que de gagner en productivité. Ce risque s'étant vérifié en Grande-Bretagne, le Gouvernement français, après avoir envisagé il y a deux ans à introduire cette formule, n'a

160 - Elle modifie l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986.

161 - Décret du 4 février 2002.

162 - E. Derieux, « Régulation et réglementation de l'audiovisuel », Jurisclasseur, Fascicule n° 2400, Communication LexisNexis, décembre 2004.

163 - En vertu du décret du 1^{er} septembre 1992 pour les deux premières et de l'article 33 de la loi du 1^{er} août 2000 pour la troisième.

164 - CE, Sect., 29 janvier 1993, *Soc. NRJ*, rec. p. 17.

165 - Rapport d'activité de la CRE, juin 2007, p. 50.

166 - Les secteurs principalement concernés sont l'électricité, le gaz, les télécoms, le courrier...



finalement pas encore pris de décision en ce sens. Le sujet continue toutefois à faire l'objet de discussions entre les experts. Parallèlement, les gestionnaires de réseau ont dû, conformément à la loi de 2004¹⁶⁷, mettre en place des codes de bonne conduite évalués chaque année par un rapport de la CRE.

3.1.4.3. *L'aménagement des sanctions en cas de violation des règles de la concurrence*

Institué par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil de la concurrence est doté d'un pouvoir de sanction. Deux outils « contractuels » lui ont été reconnus par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : les programmes de clémence et la procédure de non-contestation des griefs.

Importé du droit américain¹⁶⁸ puis communautaire¹⁶⁹, le premier vise à aider le Conseil à pallier son déficit en informations, sachant que la charge de la preuve lui incombe. En échange d'une exonération totale ou partielle des sanctions encourues pour participation illégale à un cartel, une entreprise s'engage à pleinement coopérer avec le Conseil, à mettre un terme à la pratique litigieuse et à ne pas prévenir les autres entreprises membres du cartel.

La non-contestation des griefs permet à une entreprise incriminée de renoncer à contester les faits qui lui sont reprochés. Elle s'engage alors à changer ses pratiques concurrentielles et voit en contrepartie le plafond de la sanction encourue diminuer automatiquement de moitié, soit 5 % au plus de son chiffre d'affaires mondial. La réduction d'amende dont elle bénéficie en outre est significative : elle atteint de 10 à 30 % de la sanction encourue¹⁷⁰.

Une troisième procédure, dite d'engagement, qui ne concerne pas les cartels portant sur les prix mais les autres restrictions à la concurrence, a été ajoutée aux deux précédentes par l'ordonnance du 4 novembre 2004, qui s'inspire d'un règlement européen de 2003. Au stade préliminaire de l'expression de préoccupations de concurrence par le Conseil et avant l'énoncé formel de griefs, une entreprise peut proposer des engagements au Conseil qui peut les entériner si ceux-ci lui paraissent aptes à répondre aux préoccupations énoncées¹⁷¹. Cette procédure d'engagement, qui est celle qui se rapproche le plus d'un contrat,

167 - Article 6 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004.

168 - Cette pratique est donc très prisée par les filiales des groupes américains, qui y recourent d'autant plus volontiers qu'elle permet ensuite, selon elles, d'atténuer auprès de l'opinion publique l'impact d'un comportement répréhensible.

169 - Voir en particulier la communication de la Commission en date du 7 décembre 2006 sur la clémence récompensant les entreprises qui dénoncent les ententes.

170 - B. Lasserre, « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », in M.-A. Frison-Roche (dir.), « Les engagements dans le système de régulation », Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, p. 250.

171 - La cour d'appel de Paris s'est récemment prononcée pour la première fois sur la validité de cette procédure (CA Paris, 16 octobre 2007, *Société Bijourama c/ Festina*), confirmant la décision n° 06-D-24 du Conseil de la concurrence en date du 24 juillet 2006 qui avait accepté les engagements de la société Festina quant à la clarification des modalités de vente en ligne de ses produits. La cour a ensuite jugé que la procédure de l'engagement relève de la régulation et ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH (CA Paris, 6 novembre 2007, *Canal 9 c/ GIE Les Indépendants*, décision 06-D-29).



rencontre un succès à la fois quantitatif (30 affaires annuelles sur 100 environ depuis 2004) et qualitatif puisqu'elle permet de restaurer plus rapidement la concurrence tout en diffusant efficacement une culture de concurrence dans tout un secteur de l'économie¹⁷².

Les décisions du collège du Conseil de la concurrence restant des actes unilatéraux, ces trois procédures ne constituent donc pas de véritables contrats mais une négociation précédant une décision du Conseil¹⁷³, dont l'exécution est ensuite attentivement contrôlée.

Au total, on semble assister à un rapprochement ou à une convergence des techniques de régulation sectorielle et du droit de la concurrence, permise par la jurisprudence européenne : la Cour européenne des droits de l'homme a en effet jugé récemment qu'une décision de la Commission anti-monopole de Russie ordonnant le remboursement de profits illicites tirés de pratiques anticoncurrentielles constituait un acte de régulation et non une sanction pénale au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁴. La cour d'appel de Paris a repris ce raisonnement à son compte, s'agissant du Conseil de la concurrence (cf. note 171).

3.2. Droit fiscal

Dans le domaine fiscal, régalién par nature, le principe est celui de l'intervention de l'administration par voie de décision unilatérale, réglementaire ou individuelle. Si quelques dispositions législatives permettent au contribuable de débattre avec l'administration pour déterminer en amont le bénéfice agricole forfaitaire au sein de la commission départementale des impôts directs, ou pour contester en aval un redressement, ces pratiques restent marginales et n'ont pas de valeur contractuelle. Aucune place n'est donc réservée au contrat¹⁷⁵, en dehors de la transaction fiscale¹⁷⁶. Les évolutions récentes du droit fiscal laissent toutefois entrevoir des possibilités accrues de contractualisation des rapports

172 - Allant encore au-delà, la Commission européenne vient de lancer à son tour le 26 octobre 2007 une consultation publique sur un projet de textes législatifs visant à instaurer une procédure de transaction dans le droit des ententes et qui passe par la modification du règlement de procédure (CE) n° 773/2004 et du règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente. Les textes proposés par la Commission, qui devraient être adoptés en 2008, sont consultables aux adresses suivantes : http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/files_settlements/regulation_fr.pdf et http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/files_settlements/notice_fr.pdf.

173 - La négociation se poursuit jusqu'au bout de la procédure, y compris durant la séance du Conseil qui arrête la décision finale.

174 - CEDH, affaire n° 69042/01, 3 juin 2004, *Nesté Saint-Petersbourg et autres c/ Fédération de Russie*. La réglementation en cause dans cette affaire ne prévoyait pas de véritables sanctions pénales mais des pouvoirs de confiscation et de démantèlement d'entreprise, appartenant au champ de la régulation qui se situe hors du cadre de l'article 6 de la CEDH.

175 - La doctrine assimile la technique de l'agrément fiscal à un quasi-contrat. Par ailleurs, les dispositions, protectrices de la situation du contribuable, de l'article L. 80 A du LPF relatives à l'interprétation formelle de la règle fiscale par l'administration se rattachent à son pouvoir unilatéral d'explicitation de la norme fiscale et ne revêtent aucun aspect contractuel. Ces dispositions ont été étendues à la matière douanière et aux cotisations sociales en 2004 et 2005.

176 - CE, 28 juin 1961, *Compagnie générale*, rec. p. 443.



entre l'administration et le contribuable, notamment par la formalisation dans des « chartes » des garanties reconnues aux contribuables et par la résurgence depuis 1987 de la procédure du rescrit fiscal.

3.2.1. *Les chartes du contribuable*

La première, qui est la « charte des droits et obligations du contribuable vérifié », remonte à 1976 et a été initialement publiée au seul Bulletin officiel de la direction générale des impôts¹⁷⁷. Après avoir été initialement jugée dépourvue de toute valeur juridique car assimilée à « un simple document d'information du contribuable » (CE, 19 juin 1989, *Cassigneul*, requête n° 69846), elle a acquis une telle valeur depuis que l'article L. 10 du livre des procédures fiscales (LPF), issu de l'article 8-I de la loi n° 87-502 du 10 juillet 1987, prévoit que les dispositions de cette charte sont opposables à l'administration (CE, 24 novembre 1997, *Brun*, requête n° 168995). Depuis lors, le juge fiscal s'attache surtout à déterminer au cas par cas si le contribuable a été privé d'une garantie essentielle¹⁷⁸.

La seconde, qui est la « charte du contribuable » datée de septembre 2005, emprunte la terminologie habituelle du contrat, sans en retenir la qualification et sans en revêtir la forme. Elle récapitule en effet dans un document d'une trentaine de pages les droits et les devoirs du contribuable vis-à-vis de l'administration et indique que celui-ci peut s'en prévaloir auprès des agents de l'administration. L'objectif affiché est d'établir une relation responsable et personnalisée entre le citoyen et le fonctionnaire et, comme en matière contractuelle, « de trouver le juste équilibre (...), d'ancrer cet équilibre dans une relation apaisée et fondée sur la confiance mutuelle ». S'inscrivant dans une dynamique de concertation et de dialogue avec un « contribuable partenaire », elle présume sa bonne foi, comme en matière d'exécution des contrats.

3.2.2. *Les « contrats fiscaux » relatifs aux prix de transfert*

L'instruction 4 A-8-99 n° 171 du 17 septembre 1999 relative à la procédure d'accord préalable en matière de prix de transfert (APP) permet à une entreprise multinationale de faire valider sa politique de prix de transfert avec ses filiales et de se prémunir ainsi contre tout redressement ultérieur. Instrument de sécurité juridique, elle débouche idéalement sur un accord entre les administrations fiscales des deux pays concernés, fondé sur les clauses de procédure amiable des conventions fiscales bilatérales (article 25-3 du modèle de convention OCDE dans le but d'éviter les doubles impositions). L'accord porte essentiellement sur la méthode de détermination des prix de transfert, laquelle doit être conforme aux principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entre-

177 - Ce qui, selon une première jurisprudence du Conseil d'État, « n'a pas constitué une publication suffisante pour en rendre les dispositions obligatoires à l'égard des contribuables ». Cet arrêt a privé la charte de toute force obligatoire : « dans ces conditions, lesdites dispositions ne sont pas opposables aux contribuables et ne peuvent pas non plus être invoquées par eux ; qu'ainsi le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions susmentionnées de la note du 18 juin 1976 ne peut qu'être écarté » (CE, 10 février 1988, *Barthélémy*, requête n° 57602 et 58926).

178 - Ch. Chartes, *L'évolution de la charte du contribuable vérifié*, Éditions Francis Lefebvre, BF 3/2005, p. 181.



prises multinationales et des administrations fiscales publiés par l'OCDE en 1995. L'entreprise n'est pas partie à l'accord : l'instruction souligne que, conclu entre les deux administrations fiscales, ses effets sont subordonnés à l'*adhésion* des entreprises concernées.

L'entreprise fournit les données à l'administration française et à l'administration étrangère, chacune destinataire d'une demande de validation de la méthode et se réunit avec l'administration française pour expliquer sa méthode et ses critères de détermination des prix de transfert. L'administration française négocie en parallèle avec l'administration étrangère et sollicite au besoin des explications supplémentaires. Comme le relève l'instruction, l'accord préalable « *suppose une coopération entre l'entreprise et l'administration* ». L'administration peut à tout moment clore la procédure si elle ne tombe pas d'accord avec l'entreprise. Si un accord est trouvé, l'administration envoie une lettre au contribuable qui en définit les termes et la durée, entre trois et cinq ans. Le contribuable, en signant cette lettre, en accepte les termes et s'engage à en respecter les conditions. L'accord peut être révisé ou renouvelé.

Compte tenu des limites de cette procédure, à laquelle l'entreprise n'est pas nécessairement partie, un rescrit prix de transfert a été rajouté à l'article L. 80 B du LPF par la loi de finances rectificative de 2004 suite au rapport Gibert de septembre 2004. L'entreprise peut ainsi obtenir une prise de position formelle sur sa situation de la part de l'administration française.

3.2.3. Les « rescrits »

Le rescrit abus de droit instauré en 1987 est décrit à l'article L. 64 B du LPF. Il permet au contribuable d'interroger l'administration sur le montage juridique qu'il envisage, afin de savoir s'il est constitutif ou non d'un abus de droit.

Quatre conditions sont fixées pour que l'usager en bénéficie :

- la demande doit être antérieure à la conclusion du contrat ou de la convention dont la signature est envisagée ;
- le contribuable doit faire mention de tous les éléments nécessaires à l'appréciation de sa situation fiscale et des conséquences engendrées par la conclusion du contrat qu'il envisage de signer ;
- la demande doit être adressée par écrit à la direction générale des impôts ;
- enfin, la consultation de l'administration doit concerner la portée d'un contrat ou d'une convention susceptibles d'être mis en cause dans le cadre de la procédure de répression des abus de droit.

L'administration dispose alors de six mois pour se prononcer sur la situation juridique qui naîtra de la signature du contrat. À leur terme, elle est, à défaut de toute prise de position explicite, réputée avoir accepté le montage juridique du contribuable qui, en cas de mise en œuvre, ne s'expose plus à des poursuites sur le terrain de l'abus de droit¹⁷⁹. Si l'administration a indiqué ne pas partager l'analyse du contribuable, ce dernier peut néanmoins réaliser l'opération projetée

179 - Dans cette hypothèse en effet, l'administration est engagée par sa position dans les conditions prévues aux articles L. 80 A et L. 80 B du LPF. Cet engagement vaut uniquement pour l'opération présentée à l'administration.



mais l'administration peut procéder, si elle s'y croit fondée, à des rehaussements dans les conditions de droit commun.

La garantie reconnue au contribuable peut néanmoins prendre fin si sa situation de fait évolue dans une direction qui n'est pas couverte par la réponse de l'administration, si les textes législatifs changent ou si l'administration modifiant son analyse, en informe préalablement le contribuable ; cette modification est alors dépourvue d'effet rétroactif.

Le rescrit valeur, instauré par une instruction 13 L-2-98 du 8 janvier 1998, facilite les donations d'entreprises à titre gratuit, l'administration se prononçant sur la valeur vénale de l'entreprise servant de base au calcul de l'impôt. En cas d'accord exprès du service¹⁸⁰, la base déclarée comme assiette de l'impôt ne peut plus être remise en cause si l'entreprise est transmise conformément au projet présenté par le contribuable de bonne foi.

Dans le cadre souple de l'article L. 80 B du LPF, qui autorise le contribuable à demander à l'administration une position de principe sur sa situation fiscale particulière, la loi a progressivement étendu et élargi la procédure du rescrit fiscal au-delà de la procédure d'abus de droit et de la détermination de la valeur retenue pour une donation d'entreprise. Quelques exemples illustrent l'extension du champ du rescrit : la possibilité de bénéficier d'un amortissement exceptionnel, du crédit d'impôt recherche, du statut de jeune entreprise innovante, de l'habilitation à recevoir des dons, d'allègements d'impôts au titre d'entreprise nouvellement créée ou d'entreprise de recherche et de développement, d'une exonération d'impôts sur les bénéfices pour les entreprises implantées en zone franche urbaine. Cette procédure permet aussi à un opérateur étranger d'obtenir la garantie qu'il ne dispose pas en France d'un établissement stable ou d'une base fixe au sens de la convention fiscale liant la France à son État de résidence, ou encore à toute entreprise d'obtenir un accord sur la valorisation de son prix de transfert (cf. 3.2.2).

À la faveur de son élargissement¹⁸¹ et de la publication des réponses sur le site internet du ministère des finances, la procédure du rescrit a gagné en notoriété¹⁸² mais ses caractéristiques techniques¹⁸³ et des obstacles psychologiques freinent

180 - Le silence de l'administration ne valant pas ici accord tacite, il appartient au contribuable de vérifier qu'il a fourni à l'administration toutes les pièces nécessaires à l'examen de sa demande.

181 - La procédure de rescrit a en outre été étendue à la matière douanière puis aux cotisations et contributions sociales par l'ordonnance n° 2005-651 du 6 juin 2005 et son décret d'application.

182 - On a dénombré près de 10 000 demandes en 2006 contre un peu plus de 3 000 en 2003.

183 - S'agissant du rescrit abus de droit, l'administration dispose de la possibilité de ne pas donner de réponse au contribuable dans un délai de six mois si elle estime ne pas être en possession de tous les éléments nécessaires pour qu'elle puisse se prononcer. Croyant bénéficier de la garantie du non-recours à la procédure de l'abus de droit, l'administré peut mettre en œuvre son montage sans que celui-ci ne soit pour autant validé par l'administration. En outre, l'administration peut, tout en accordant à l'assujéti la garantie de non-recours à la procédure de l'abus de droit, mettre en cause le montage sur d'autres fondements juridiques. Ces deux éléments expliquent la faible popularité du rescrit fiscal abus de droit, qui ne garantit pas une véritable sécurité juridique.



toujours son utilisation¹⁸⁴. L'administration fiscale française s'est également récemment engagée à un raccourcissement significatif de son délai de réponse. La réelle faiblesse du rescrit français, soulignée par un rapport du Sénat (cf. 11.3), demeure cependant l'absence de concertation en amont¹⁸⁵. Cela étant, une prise de position formelle de la part de l'administration peut s'avérer précieuse, notamment en cas de montage à vocation internationale.

Si l'administration se prononce généralement de manière expresse sur les situations de fait qui lui sont soumises par les contribuables, le rescrit fiscal a jusqu'ici souvent été invoqué à tort devant les juridictions administratives, soit qu'il ait été postérieur à l'année d'imposition sur laquelle portait le redressement¹⁸⁶, soit qu'une position de l'administration ait été considérée à tort comme valant rescrit fiscal¹⁸⁷. Par une décision récente, le Conseil d'État vient d'écarter pour le rescrit fiscal la qualification de décision susceptible de recours pour excès de pouvoir et a jugé que la prise de position de l'administration, lorsqu'elle est susceptible de faire grief, n'est pas détachable de la procédure d'imposition (CE, 26 mars 2008, *Association Pro Musica*, requête n° 278858).

3.2.4. La transaction fiscale

Prévue aux articles L. 247 et suivants du livre des procédures fiscales (LPF), la transaction fiscale ne peut qu'atténuer le montant des amendes fiscales ou, depuis 2004, des majorations, prononcées ou simplement encourues, s'ajoutant aux impositions en litige. Elle ne peut intervenir que tant que les impositions ne sont pas devenues définitives et se trouve soumise à des exigences de forme et de notification détaillées au LPF (articles L. 251 et R. 247-3). Une fois acceptée et signée, la transaction fait obstacle à ce que le contribuable ou l'administration remettent en cause devant le juge de l'impôt les droits en principal et les pénalités¹⁸⁸. Mais en cas d'inexécution intégrale des engagements prévus, l'administration peut toujours revenir à la voie contentieuse pour recouvrer sa créance (CE, 11 mai 1977, *RJF*, 7 août 1977, n° 432).

184 - En particulier les réticences du contribuable liées à la méfiance à l'égard d'une administration jugée toute puissante : peur d'attirer l'attention des contrôleurs fiscaux ou de dévoiler un montage original. Cette crainte serait corroborée par le fait que les contribuables bénéficiant d'un rescrit sont sujets à des contrôles à répétition, ce que l'administration écarte comme relevant du pur fantasme. Le contribuable qui n'aurait pas reçu une réponse positive de l'administration doit, selon elle, simplement admettre le risque qu'il encourt à mettre en œuvre son montage.

185 - « Bien qu'elle [la procédure de « ruling »] se soit renforcée dans la période récente, la dimension d'échange et de négociation est également moins présente dans le rescrit français (...). »

186 - Cour administrative d'appel de Paris, 5^e chambre, 6 novembre 2006, requête n° 04PA01230 ; cour administrative d'appel de Versailles, 3^e chambre, 15 mai 2007, requête n° 05VE01063.

187 - CE, 15 juin 2001, *Commeau*, t. p. 896.

188 - Sur son régime particulier, voir CE, Sect., 28 septembre 1983, *Soc. des établissements Prévost*, Recueil Lebon, p. 376, avec concl. Ph. Bissara qui dressent un tableau très complet de la procédure, de la valeur juridique et des conditions de rectification d'une transaction.



4. Le contrat en matière d'aménagement du territoire

Ancêtres des contrats actuels conclus entre personnes publiques, des chartes d'autonomie sont dès l'Ancien Régime négociées avant d'être octroyées à certaines villes. La planification et les préoccupations liées à l'aménagement du territoire ont débouché, dans la seconde partie du XX^e siècle, sur « *une politique contractuelle de l'État dans ses rapports avec les institutions décentralisées* »¹⁸⁹. Outre la planification quasi-contractuelle¹⁹⁰ (IV^e Plan couvrant les années 1962-1965) puis contractuelle (V^e Plan couvrant les années 1966-1970) et les contrats de plan État-région, ont vu le jour à cette époque les contrats de plan entre l'État et les communautés d'agglomération puis urbaines¹⁹¹, les contrats d'aménagement des villes moyennes¹⁹² ou encore les contrats de pays¹⁹³. Le succès de ces différentes formules a été limité à l'époque : en dix ans n'ont été signés que 70 conventions d'aménagement et 200 contrats de pays.

La loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification¹⁹⁴ a tenté d'harmoniser ces diverses formes de contrats et a relancé le processus de contractualisation. Aux termes de son article 11 « *l'État peut conclure avec les collectivités territoriales, les régions et les entreprises publiques ou privées et éventuellement avec d'autres personnes morales, des contrats de plan comportant des engagements réciproques des parties en vue de l'exécution du plan et de ses programmes prioritaires (...). Le contrat de plan conclu entre l'État et la région définit les actions que l'État et la région s'engagent à mener conjointement par voie contractuelle pendant la durée du plan* ». Le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'État passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions et les territoires d'outre-mer* »¹⁹⁵. Selon le commentaire de Louis Favoreu, « *Cette absolue constitutionnelle peut-être bien évidemment transposée à toute convention entre personnes publiques* ». Ces conventions peuvent donc se rapporter à l'exercice d'une compétence : « *Aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'État, d'une part, et*

189 - R. Chapus, DAG 1, Montchrestien, 11^e édition n° 488.

190 - E. Arrighi de Casanova, « Les quasi-contrats du plan », *Dr. Soc.*, 1965, p. 341 ; F. Batailler, « Une nouvelle technique d'économie concertée : les "quasi-contrats" pour l'exécution du plan », *RSF*, 1964, p. 345.

191 - Décret n° 70-1221 du 23 décembre 1970, publié au *Journal officiel* du 25 décembre 1970 ; J.-P. Duport, « Les contrats de plan », *Moniteur des Travaux publics*, 1971, p. 45 ; Y. Pimont, « Les contrats de plan », *Revue de sciences financières*, 1971, p. 697.

192 - Circulaire du ministre de l'équipement, n° 74-112 du 4 juillet 1974, *Moniteur des Travaux publics*, 17 août 1974, p. 124.

193 - Circulaire de la DATAR du 11 juillet 1975 puis circulaire du 30 mars 1977, P. Rolland, « Les contrats de pays », *Revue de droit public*, 1979, p. 1338 ; D. Pépy, « Une formule originale : les contrats de pays », *Revue administrative*, 1975, p. 623.

194 - *JORF*, 30 juillet 1982 ; *AJDA*, 1982, p. 615 et p. 577, commentaire H. Jacquot.

195 - CC, 19 juillet 1983, n° 83-160 DC, rec. Conseil constitutionnel, p. 43 ; *AJDA*, 1984, p. 28, note J.-P. Jarnevic ; *JCP* 1985, II, 20352 note H. Labayle ; *RDP* 1986, p. 395, comm. L. Favoreu.



des collectivités territoriales, d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi. »¹⁹⁶.

Malgré son ambition, la loi du 29 juillet 1982 n'est pas parvenue à contenir l'apparition de nouvelles générations de contrats.

4.1. Des contrats de plan État-région aux contrats de projet

Les contrats de plan conclus entre l'État et les régions ont vu leur procédure d'élaboration et leur contenu fréquemment modifiés depuis 1982¹⁹⁷. Le contrat de plan État-région (CPER) scelle aujourd'hui un accord entre le préfet de région, représentant de l'État, et le président du conseil régional sur un programme d'actions en matière de développement du territoire régional, chaque partie s'engageant sur la nature et le financement des différentes opérations programmées.

La loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification faisait coexister trois documents distincts : le plan de la nation, le plan de la région qui « *détermine les objectifs à moyen terme du développement, social et culturel de la région pour la période d'application du plan de la nation* » et le CPER, dont la vocation était d'assurer la compatibilité des plans des régions entre eux ainsi qu'avec le plan de la nation. Le plan de la région devait précéder le CPER en indiquant l'objet et la portée de ce dernier. Comme les financements permettant sa réalisation figuraient dans le CPER négocié par la suite et déterminaient les marges de manœuvre de la région, le plan de la région a été rapidement absorbé par le CPER lui-même, au point d'être finalement supprimé en 1994. Par ailleurs, les CPER de la deuxième génération ayant été signés en 1989, avant le vote du plan de la nation (IX^e Plan), et ceux de la troisième génération l'ayant été en 1994, en l'absence de toute planification nationale, ils sont finalement devenus un document unique et autonome de planification. Puis, en 1996, la durée d'exécution des CPER a été prolongée d'une année par l'État, compte tenu des retards d'engagements alors constatés et du souhait de coordonner désormais le calendrier de ces contrats avec celui des

196 - Beaucoup de commentateurs voient dans cette décision un rappel de la thèse des légistes, et notamment de celle de J. Bodin, selon laquelle les personnes publiques disposent de la liberté de se lier par contrat (O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 101). Le Conseil d'État avait d'ailleurs peu auparavant jugé que l'imposition de différentes clauses obligatoires dans les contrats de gestion des transports publics d'intérêt local n'apportait pas à la libre administration des collectivités locales et à la liberté contractuelle des limitations excédant les limites de l'habilitation conférée au gouvernement (2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, rec. p. 33, *RFDA*, 1984.45, note F. Llorens, *RDP* 1984, p. 212, note J.-M. Auby). Loi et contrat se complètent donc dans les rapports entre collectivités publiques : P. Delvolvé, *Constitution et contrats publics*, *Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 469.

197 - J.-M. Pontier, « Contractualisation et planification », *RDP* 1993, p. 644.



fonds structurels européens¹⁹⁸. Enfin, sur décision du Gouvernement prise lors du comité interministériel d'aménagement du territoire du 6 mars 2006, les contrats de plan État-région ont été remplacés par les contrats de projet.

Ces derniers couvrent un champ plus restreint qu'autrefois et sont recentrés sur trois axes correspondant à la stratégie européenne de Lisbonne : compétitivité et attractivité du territoire, promotion du développement durable et cohésion sociale. Ils sont focalisés sur les grands projets d'infrastructure mais confèrent davantage de liberté en prévoyant la possibilité d'introduire un volet spécifique à certains territoires.

La grande plasticité du CPER au cours du temps confirme au demeurant qu'un contrat administratif s'isole difficilement des actes unilatéraux qui le précèdent et se suffit rarement à lui seul : élément d'une procédure complexe (cf. 7.2.6), instrument de coordination d'autres contrats (cf. 12.2.6) et volet de la mise en œuvre des fonds structurels européens, le CPER a certes conquis son autonomie par rapport au plan national mais son histoire témoigne de sa grande instabilité (cf. 12.1.4).

4.2. Les contrats conclus entre l'État et les collectivités territoriales

Contrats de plans entre État et communautés urbaines en 1970, contrats de villes moyennes en 1973, contrats de pays à partir de 1975, contrats habitat et vie sociale à compter de 1977, chartes intercommunales de développement et d'aménagement en 1983, contrats de ville, contrats d'agglomération ou encore contrats locaux de sécurité illustrent le foisonnement contractuel ininterrompu en matière d'aménagement du territoire¹⁹⁹. Le caractère commun à tous ces contrats est qu'ils déclinent une politique publique nationale, sectorielle ou spécifique, sur laquelle l'État cherche à un moment donné à mobiliser les efforts ou les énergies locales. Souvent, ils prennent corps sans cadre normatif précis : la plupart d'entre eux sont définis par des circulaires, support privilégié d'expression des politiques publiques.

198 - La construction européenne a renforcé l'échelon régional à l'intérieur des États membres. Dans les années 1980 et dans la foulée de la création du comité des régions, la Commission a tenté de s'appuyer davantage sur l'échelon régional pour sortir d'un face-à-face exclusif avec les États membres et assurer une meilleure application directe du droit et des politiques communautaires à l'échelon local. La création des fonds structurels (FEOGA, FSE, FEDERE...) s'inscrit dans cette logique. Les règlements qui les régissent prévoient un large recours au contrat, y compris pour fixer les montants alloués aux régions. L'effet structurant de ces fonds a d'ailleurs été tel que la planification régionale a fini par se caler entièrement, à la fois en ce qui concerne sa périodisation, sa forme contractuelle et ses orientations, sur celle des fonds européens, qui la financent à hauteur de 30 % environ. Même si les États membres centralisent et rendent compte de l'emploi des fonds, la négociation part de l'échelon régional et remonte jusqu'à Bruxelles. Autrement dit, sur ce point, la construction européenne a conforté la pratique préexistante de contractualisation de l'aménagement du territoire déjà largement pratiquée chez nous et lui a permis de prendre une plus grande ampleur.

199 - Si L. Richer relève que la seconde phase de l'extension du contrat est celle de l'administration territoriale (1982-1992), force est de constater qu'elle débute avant 1982 et qu'elle se poursuit très au-delà de 1992. Sur le foisonnement contractuel de l'époque, voir aussi F. Moderne, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984.1.



4.2.1. La politique de la ville

La politique de la ville naît dans les années 1976-1977, dans la foulée du rapport Guichard *Vivre ensemble* du 24 novembre 1976, avec la création du fonds d'aménagement urbain et les opérations habitat et vie sociale dans cinquante quartiers. Elle prend définitivement forme avec la création de la Commission nationale pour le développement social des quartiers (CNDSQ) et deux rapports marquants : en 1982 le rapport *Face à la délinquance : prévention, répression, solidarité* de la commission des maires sur la sécurité, présidée par Gilbert Bonnemaïson et, en 1983, le rapport Dubedout, *Ensemble, refaire la ville*. La politique de la ville se focalise dès lors sur la recherche de solutions préventives globales, et non sectorielles, aux problèmes sociaux. Elle repose largement sur des contrats associant l'État, les communes et les associations (contrats de développement social des quartiers, contrats « banlieues 89 », etc.).

Institué par la loi du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, le contrat de ville est un accord par lequel l'État et les collectivités territoriales s'engagent à mettre en œuvre des actions concertées pour améliorer les conditions de vie dans les quartiers connaissant des difficultés sociales²⁰⁰. En 2000, ils sont devenus l'outil unique de la politique de la ville, conformément à la circulaire du Premier ministre en date du 31 décembre 1998, et concernent donc des villes de toute taille. 1 300 quartiers regroupant 6 millions d'habitants ont bénéficié de ce dispositif entre 2000 et 2006, qui a permis des opérations de réhabilitation de logements ou d'espaces publics ainsi que des actions de réinsertion dans l'emploi.

4.2.2. La lutte contre la délinquance

Dès les années 1970, le contrat est utilisé pour coordonner l'action des services de la police, de la justice et de l'éducation nationale. Le rapport Bonnemaïson débouche sur une coopération entre l'État et les collectivités locales pour mener des politiques de prévention s'appuyant sur le tissu associatif. Une circulaire du 27 février 1985 institue des contrats d'action de prévention pour la sécurité. Entre 1988 et 1992, les politiques de sécurité sont intégrées dans la politique de la ville. Mais le volet « prévention et sécurité » des contrats de ville se décline parfois dans des contrats autonomes, les contrats locaux de sécurité (CLS). Prévus par la circulaire interministérielle du 27 octobre 1997, complétée par celle du 7 juin 1999, ils sont conclus entre l'État et les collectivités locales et apparaissent comme l'outil principal d'une politique de sécurité privilégiant l'éducation à la citoyenneté et les actions conjointes de tous les services de l'État, en particulier la police et la gendarmerie. Une circulaire du 4 décembre 2006 transforme les CLS en contrats locaux de sécurité et de prévention de la délinquance. À partir d'un diagnostic local de sécurité, ils déterminent une liste des actions prioritaires.

200 - D'après la circulaire du Premier ministre du 31 décembre 1998 (*Journal officiel* du 15 janvier 1999, p. 726), « le contrat de ville sera la procédure de contractualisation unique pour la politique de la ville. Il constituera la déclinaison pour la politique de la ville des priorités du contrat de plan. Il sera conclu pour sept ans, comme les contrats de plan État-région ».



4.2.3. Les contrats de pays et d'agglomération

Les contrats de pays et d'agglomération, qui s'insèrent dans le volet territorial des contrats de plan État-région, ont été créés par la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire²⁰¹. Ils visent notamment à améliorer la gouvernance locale en renforçant l'intercommunalité et à moderniser l'organisation territoriale. Signés par des communes ou des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre avec l'État, les régions et les départements concernés, les contrats de pays visent à mettre en œuvre une charte de développement du pays et portent sur les principales politiques concourant à son développement. La charte revêt, en vertu de la loi, une portée juridique pour les territoires soumis à une forte pression urbaine et non couverts par un schéma de cohérence territoriale (SCOT). Sa signature nécessite de donner naissance à un groupement d'intérêt public de développement local ou à un établissement public territorial. La reconnaissance de l'institution nouvelle et la signature du contrat vont donc de pair.

Afin d'aboutir à une articulation optimale des contrats de pays avec les contrats d'agglomération, cette loi prévoit que leur continuité et leur complémentarité sont précisées par voie de convention entre les parties intéressées. À double détente, ces contrats appellent donc eux-mêmes de nouvelles conventions, en particulier pour coordonner l'action des services de l'État dans le pays...

4.2.4. Autres contrats

De multiples contrats sont conclus entre l'État ou ses services et les collectivités territoriales pour l'organisation de leurs services ou la mise en œuvre des politiques publiques.

Par exemple, des milliers de contrats (baux, etc.) ont été conclus entre l'État et les communes pour construire des gendarmeries ou des bureaux de poste. C'est le support contractuel qui a également été retenu par la loi du 2 mars 1982 pour mettre les services de l'État à la disposition des régions ou des départements ou les leur transférer (cf. 9.2.3 sur leur régime juridique), ce dispositif contractuel ayant été conservé par la loi du 13 août 2004. De même des centaines de conventions de ZAC sont signées chaque année entre collectivités territoriales et aménageurs pour aménager des zones urbaines. Il faudrait aussi évoquer les conventions d'exploitation passées, en application de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, entre les autorités organisatrices de transport et les entreprises de transport.

Des délégations conventionnelles de compétence sont en outre périodiquement organisées de l'État vers les départements ou les établissements publics de coopération intercommunale : par exemple pour l'attribution des aides à la pierre en cas de conformité avec le plan local d'amélioration de l'habitat²⁰² ou pour la gestion des concours financiers de l'agence nationale de la rénovation urbaine.

201 - Une circulaire du 7 juin 2001 précise le régime juridique des contrats d'agglomération.

202 - Cette délégation est limitée dans le temps à trois ans.



4.3. Les contrats entre collectivités territoriales

Les contrats conclus entre l'État et les collectivités territoriales se doublent de contrats passés directement entre elles par ces collectivités, en dehors de toute présence de l'État. Les lois du 2 mars 1982 et du 7 janvier 1983 relatives à la répartition de compétences entre l'État et les collectivités locales²⁰³ (articles 6 et 12) ont en effet ajouté à la gamme existante des conventions de mise à disposition de services et surtout ouvert le champ de la coopération contractuelle entre collectivités territoriales. Des contrats de toutes sortes s'étant multipliés, on a maintenant affaire à un échec contractuel difficile à démêler.

4.3.1. Les groupements entre collectivités de même catégorie

Le code général des collectivités territoriales comporte de nombreuses formules, parfois anciennes, permettant à des collectivités de même rang de s'associer par contrat : les ententes intercommunales pour gérer des ouvrages ou des institutions d'utilité commune, les fusions de communes par le biais de conventions de fusion, les ententes interdépartementales²⁰⁴ et les groupements de régions²⁰⁵.

Plus récemment, l'intercommunalité s'est fortement développée. Dans ce cadre, de nombreux contrats ont été passés entre commune centre et autres communes, pour la gestion de la voirie par exemple.

La loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale a renouvelé le cadre de l'intercommunalité. Elle a supprimé le district, créée par l'ordonnance du 5 janvier 1959, et la communauté de villes, par la loi n° 92-125 du 6 février 1992, tout en instituant une forme juridique nouvelle, la communauté d'agglomération. Les cinq modalités actuelles de regroupement sont de nature tantôt associative (syndicats de communes et syndicat intercommunal à vocation multiple ou SIVOM) tantôt fédérative (communautés de communes, communautés d'agglomération, communautés urbaines).

- L'intercommunalité a acquis une place significative dans la gestion publique locale : elle touche plus de 90 % des communes en 2007²⁰⁶ et 55 millions d'habitants appartiennent à une structure intercommunale à fiscalité propre. Ses champs de compétence ont doublé depuis 1999, de même que ses budgets d'intervention, désormais supérieurs à ceux des régions.

Même si la création d'un EPCI nécessite qu'une majorité qualifiée de communes exprime la volonté de se doter d'un projet de développement commun, sa constitution relève d'un acte unilatéral. En effet, toute décision « constitutionnelle »

203 - *JORF*, 9 janvier 1983.

204 - L'entente interdépartementale est une personne morale chargée d'exercer les attributions confiées par les départements qui en font partie. Peu utilisée, cette formule l'a été en 1996 par les départements du Languedoc pour mener à bien la démoüstication de la région.

205 - F. Sudre, « La coopération interrégionale : le cas de la modernisation du canal du Midi », *Rev. Adm.*, 1983, p. 661.

206 - M. Censi, « Vers un nouvel élan pour la coopération intercommunale », *AJDA*, 8 octobre 2007, p. 1841.



relative à l'EPCI (création, modification des compétences, retrait, extension de périmètre, dissolution) nécessite un arrêté préfectoral. Détenant une compétence discrétionnaire pour arrêter le périmètre, le préfet dispose de toute liberté pour fixer la liste des communes intéressées (CE, 15 février 1984, *Association industrielle du Territoire de Belfort et régions limitrophes*, rec. p. 66).

L'EPCI n'exerce que des compétences d'attribution transférées par les communes. Ces compétences sont déterminées selon des modalités différentes suivant la catégorie du groupement. Dans les syndicats de communes, ce sont les statuts approuvés par les conseils municipaux qui définissent le champ et la nature des compétences transférées. Pour les communautés de communes, le législateur définit des groupes de compétences obligatoires²⁰⁷ et optionnels, les conseils municipaux devant ensuite définir le contenu des compétences transférées au sein de chacun des groupes. De même, la loi impose à la communauté d'agglomération l'exercice de blocs de compétences (au sein desquels aucune compétence ne peut être retranchée), mais certaines autres compétences restent optionnelles²⁰⁸. Pour les communautés urbaines, le législateur énumère de manière précise les compétences communautaires et en fixe la liste avec une possibilité d'extension sur décision des conseils municipaux et du conseil de communauté²⁰⁹. Les statuts d'un EPCI sont approuvés par arrêté du ou des représentants de l'État dans le ou les départements concernés.

Les compétences transférées à un EPCI ne sont pas figées. Les communes peuvent transférer totalement ou partiellement à l'EPCI de nouvelles compétences, dont le transfert n'a pas été prévu par la loi ou le statut primitif. Les biens, équipements ou services publics nécessaires à l'exercice de ces compétences sont alors transférés. L'article L. 5211-5 III du CGCT prévoit en outre que l'EPCI se trouve, du fait du nouveau transfert de compétences, lié par les contrats souscrits par les communes dans les domaines des compétences transférées²¹⁰. Les contrats sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties. La substitution de personne morale dans les contrats conclus par les communes n'entraîne donc aucun droit à résiliation ou à indemnisation pour le cocontractant.

Les communautés d'agglomération et les communautés urbaines peuvent aussi exercer tout ou partie des compétences d'aide sociale que le département souhaite leur confier par voie de convention. En vertu de l'article L. 5210-4 du CGCT, « *lorsqu'il y est expressément autorisé par ses statuts, un établissement public de coopération intercommunale peut demander à exercer, au nom et pour le compte du département ou de la région, tout ou partie des compétences dévolues à l'une ou l'autre de ces collectivités.* » L'exercice par l'EPCI d'une telle compétence fait l'objet d'une convention conclue entre l'établissement et

207 - En vertu de l'article L. 5214-16, il s'agit du développement économique et de l'aménagement de l'espace.

208 - Article L. 5216-5 du CGCT.

209 - Article L. 5215-20 du CGCT.

210 - Les relations contractuelles entre EPCI et communes membres faisant l'objet de débats avec la Commission (cf. 13.3.1.5), leur création est brièvement décrite ici bien que relevant entièrement d'un acte unilatéral.



le département ou la région, qui détermine l'étendue de la délégation, sa durée ainsi que ses conditions financières et ses modalités d'exécution. Cette convention indique également les conditions de partage des responsabilités encourues dans le cadre de la délégation.

4.3.2. Les groupements mixtes de collectivités

L'article L.5111-1 du code général des collectivités territoriales permet aussi à celles-ci de conclure des conventions par lesquelles l'une d'elles s'engage à mettre ses services et moyens à la disposition d'une autre collectivité pour lui faciliter l'exercice de ses compétences. Le foisonnement du contrat a été spectaculaire dans ce domaine au cours des dernières années.

Les multiples formes de contrats intervenus entre les collectivités territoriales ont été prévues ou par les textes généraux²¹¹ ou par des lois régissant certains secteurs particuliers.

Si peu de contrats ont été conclus entre le département et la région malgré de larges possibilités théoriques, notamment en matière de formations initiales, les régions ont contracté avec tous les autres niveaux de collectivité, par exemple en matière d'inventaire général du patrimoine culturel.

De même, les départements ont largement contracté avec les communes ou leurs groupements dans un grand nombre de matières, sociales notamment. Ainsi la communauté urbaine de Strasbourg gère la protection maternelle et infantile (PMI) et l'action éducative en milieu ouvert pour le compte du département.

La mise en œuvre de la décentralisation du RMI en vertu de la loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 a également généré tout un édifice contractuel dérivé. Des conventions signées avec des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) déterminent les modalités de signature des contrats d'insertion et de l'accompagnement social des bénéficiaires de la prestation²¹². Cette loi ayant par ailleurs conforté les caisses d'allocation familiale (CAF) et les caisses de la mutualité sociale agricole (CMSA) dans leur rôle de service de la prestation, des conventions de délégation de gestion ont été passées entre les départements et ces caisses pour redéfinir le dispositif de gestion du RMI dans ce nouveau contexte. Des stipulations très complexes règlent ainsi la liste des décisions que les CAF et CMSA peuvent prendre seules, celles qui nécessitent l'aval du conseil général, les décisions prises en concertation tel le plan de contrôle des bénéficiaires du RMI, les partages d'informations et la communication des fichiers... et bien sûr aussi le versement des financements nécessaires par les départements.

Tout récemment, les départements se sont mis à expérimenter et à contractualiser leurs rapports avec les groupements de communes. Ainsi, plusieurs départements (Pas-de-Calais, Ile-et-Vilaine...) expérimentent des contrats de développement territorial avec leurs EPCI, ces contrats s'accompagnant souvent d'une

211 - L'article L. 5210-4 du CGCT par exemple en ce qui concerne les communes.

212 - De manière analogue, certains départements (le Cher, le Tarn) ont contractualisé la mise en œuvre du programme local d'insertion.



déconcentration des services départementaux. Le département des Côtes-d'Armor expérimente ainsi depuis peu des « contrats d'objectifs et de développement » d'une durée de trois ans avec quelques intercommunalités. Ces contrats identifient un programme et des projets prioritaires correspondant aux préoccupations de développement territorial de chaque cocontractant. Le département s'engage à participer au financement des projets ainsi identifiés à une hauteur supérieure à celle généralement prévue hors de ce cadre. Le département envisage de généraliser ces contrats de projet territoriaux à toutes les intercommunalités d'ici 2009, en les dotant d'enveloppes financières pluriannuelles.

Des délégations conventionnelles de compétence interviennent également directement, en matière de réservation de logements sociaux par exemple, du préfet au profit des EPCI, des communes et des maires (article L. 441-1 du code de la construction et de l'habitation). De telles conventions pourront être passées pour la mise en œuvre du droit au logement opposable ; ces conventions définissant les obligations du délégataire devront avoir été mises en conformité avec les dispositions de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable (cf. 2.3.5).

Dans le cadre du mouvement de contractualisation qui prolonge la décentralisation, l'État tuteur des collectivités territoriales en devient le partenaire, un parmi d'autres, tandis que les collectivités territoriales, chargées du développement de leur territoire, mobilisent les acteurs locaux sur leurs objectifs et se mettent à coopérer entre elles sur le mode contractuel²¹³.

Décentralisation et recours au contrat vont ainsi de pair et se renforcent réciproquement : « *La décentralisation a été le fruit d'un processus très solennel, mais la contractualisation, elle, est restée beaucoup plus discrète, empirique, multi-forme. L'une ne mentionnait qu'à peine l'autre (seules les chartes de développement et les contrats de plan sont évoqués par les textes qui posent les principes de la décentralisation), et les contrats de politiques publiques paraissent s'être développés ensuite en dehors de tout cadre normatif. Pourtant, on mesure dès à présent les liens substantiels existant entre décentralisation et contractualisation, les effets d'étayage que s'apportent réciproquement les deux démarches. Si la contractualisation des politiques publiques n'avait pas concrétisé les initiatives locales et les coopérations entre niveaux de compétence, la décentralisation n'aurait pu être qu'une construction formelle, une loi peu appliquée comme il en existe tant d'autres. Les procédures contractuelles, à l'inverse, seraient restées longtemps expérimentales et peu développées en France, comme dans d'autres pays unitaires et de droit latin, si l'esprit de décentralisation n'avait d'abord impulsé puis diffusé l'idée d'une égalité nouvelle entre collectivités publiques et la pratique de coopération multiniveaux en France.* »²¹⁴

213 - Ce contrat de coopération n'est pas sans rappeler le contrat-structuration, le contrat-organisation ou le contrat-institution évoqué par la doctrine civiliste (S. Chassignard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007 ; P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges Fr Terré*, Dalloz - PUF - Éditions du Juris-classeur, 1999, p. 635 et suiv.)

214 - J.-P. Gaudin, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po, 1999.



5. Le contrat en matière éducative, culturelle et sportive

Éducation, sport et culture sont des domaines où la société civile a souvent joué un rôle précurseur. Et lorsque les collectivités publiques ont souhaité à leur tour mettre en œuvre des politiques publiques dans ces secteurs, elles ont recouru au contrat pour coopérer avec les institutions civiles qui les avaient précédées.

5.1. Éducation

Sans prétendre à l'exhaustivité, deux types de contrats sont intéressants à étudier en matière éducative : les contrats conclus avec l'enseignement privé et les contrats dans l'enseignement supérieur.

5.1.1. Les rapports avec l'enseignement privé

Se donnant pour ambition de mettre un terme aux nombreuses tensions qui ont marqué les relations entre l'enseignement privé et l'État au XIX^e siècle et de remplacer le système instable de subventions mis en place sous la IV^e République, la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 a recouru à la formule souple du contrat pour rapprocher de l'enseignement public les établissements privés des premier et second degrés participant au service public de l'éducation. Dans ce régime, l'État contracte localement avec chacun des établissements et non pas globalement avec une institution représentant l'enseignement privé.

Deux types de contrats dont le contenu n'est pas négociable²¹⁵ ont été proposés aux établissements privés : le « contrat simple » et le « contrat d'association ».

Le premier, plus souple, était appelé à disparaître au bout de neuf ans (cf. 1.5.1) mais a été pérennisé par une loi de 1971²¹⁶. Les engagements pédagogiques des établissements ne portent que sur les « matières de base » de l'enseignement public. En contrepartie, l'État rémunère les « maîtres agréés », qui restent des salariés de droit privé.

Le contrat d'association, tout en garantissant le « caractère propre » de l'établissement privé, est assorti d'avantages financiers plus importants, en échange d'un alignement complet de l'enseignement prodigué sur les programmes de l'enseignement public. Ainsi, outre la rémunération des « maîtres contractuels » (qui se voient reconnaître un statut d'agent public), le financement public couvre les dépenses de fonctionnement²¹⁷, appelées « forfait d'externat ». Du fait

215 - Circulaires d'application du 28 novembre 1960 (*Journal officiel*, 3 janvier 1960, p. 66) et du 11 janvier 1961.

216 - En déclin, il concerne moins de 40 % de l'ensemble des élèves des classes primaires sous contrat en 2006.

217 - La loi Debré ne met aucune dépense d'investissement à la charge des communes mais la loi Falloux de 1850 permet toujours aux communes de subventionner sur une base facultative les dépenses d'investissement de l'enseignement privé secondaire.



de ses avantages, ce contrat a obtenu un succès grandissant dans le primaire, et surtout dans le secondaire depuis 1980.

La mise en œuvre de ces contrats depuis 1959 a suscité deux difficultés majeures, qui ont été très longues à régler et ont nécessité de nouvelles interventions du législateur : le calcul du forfait communal et la qualification juridique du statut des maîtres.

Les dépenses de fonctionnement des établissements primaires privés ont été confirmées comme étant obligatoires pour les communes, après un long contentieux tranché par le Conseil d'État²¹⁸ puis par la loi en 1985. Mais la fixation du montant du « forfait communal » en vue de parvenir à la parité entre les deux enseignements a donné lieu à un contentieux abondant²¹⁹ du fait de la décentralisation de la décision et d'une comparaison difficile à effectuer entre les dépenses des établissements publics et privés²²⁰.

Le statut des maîtres financés au titre du contrat d'association a également soulevé des difficultés. La nature administrative du contrat des maîtres a toujours été évidente pour le Conseil d'État²²¹ et découlait de la loi Debré elle-même. La nature administrative de ce contrat a été confortée par la loi du 31 décembre 1984 sur l'enseignement privé agricole. Dans l'intervalle, la loi du 25 novembre 1977, dite loi Guerneur, a complètement aligné la situation statutaire et sociale des maîtres de l'enseignement privé sur celle du public. De son côté, la Cour de cassation a considéré les maîtres comme entretenant aussi avec le chef d'établissement une relation de travail de droit privé²²². Le législateur est donc à nouveau intervenu afin de clarifier la situation juridique des maîtres : la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat reconnaît formellement aux maîtres la qualité d'agents publics contractuels, même si certains éléments de droit privé persistent dans leur statut²²³.

Le système contractuel organisé par la loi Debré de 1959 a finalement instauré, après de multiples péripéties, un compromis durable dans les relations entre l'État et les établissements d'enseignement privés et permis d'atteindre l'objectif initialement visé : assurer un enseignement dont le contenu soit d'aussi

218 - CE, 12 février 1982, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune d'Aurillac*, rec. p. 68.

219 - Il en est allé de même pour les dépenses de fonctionnement matériel des établissements secondaires, ou « forfait d'externat », dont la charge a été transférée par l'État aux départements et régions en 1986.

220 - Le juge peut à ce titre demander à un expert de procéder à cette comparaison avant de fixer lui-même le forfait (CE, Sect., 11 février 2005, *Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur et autres*, rec. p. 65).

221 - Le Conseil d'État a toujours considéré le contrat passé entre l'employeur et le maître comme un contrat de droit public (CE, 26 juin 1987, *Lelièvre*, tp. 776). Mais il a également jugé qu'échappaient à la compétence du juge administratif les actes détachables du contrat de droit public, par exemple la décision de ne pas renouveler la suppléance d'un maître en congé (CE, Sect., 26 mars 1993, *Pampaloni*, rec. p. 84).

222 - Voir notamment « Le statut des maîtres contractuels des établissements d'enseignement privés. Une privatisation jurisprudentielle ? », *AJDA*, 1995, p. 427, où B. Toulemonde évoquait au sujet de la jurisprudence judiciaire une « logique de privatisation » pour caractériser les rapports entre les maîtres et les directeurs d'établissement.

223 - Ainsi, par exemple, leur contrat est résiliable de plein droit en cas de fermeture de classe.



bonne qualité que celui dispensé par l'enseignement public²²⁴ tout en respectant la liberté de conscience. La question est maintenant de savoir si les difficultés d'accès au contrat pour les établissements confessionnels autres que catholiques ne remettront pas en cause le laborieux compromis initié par la loi Debré²²⁵.

5.1.2. Le contrat dans l'enseignement supérieur

Une politique de contractualisation s'est également développée dans l'enseignement supérieur depuis les années 1970. Après les contrats de recherche (1983), la loi du 26 janvier 1984 a autorisé les universités à signer des « contrats d'établissement », quadriennaux depuis 1990. Une procédure de contrat unique entre l'université et l'État permet depuis 1993 de regrouper dans un même document les volets recherche et enseignement universitaires.

Le bilan qu'en a tiré la mission initiée par le Commissariat général du Plan en 2004 est positif²²⁶ : les contrats d'établissement sont un outil précieux de discussion et de régulation des financements universitaires. Ces contrats ont renforcé le dialogue entre le ministère de l'éducation et les présidents d'université, durant la période délicate du début des années 1990 qui a vu un accroissement massif du nombre d'étudiants. Ils ont responsabilisé les universitaires et l'État en passant d'une administration prescriptive à une logique de négociation²²⁷. Même si le périmètre budgétaire couvert par le contrat est demeuré modeste (moins de 20 % du total à l'heure actuelle), son poids financier est passé de 9 % en moyenne (1993-1998) à 16 % (1999-2002). La contractualisation a incontestablement permis une meilleure programmation de la recherche universitaire et le développement de politiques de formation professionnelle. Néanmoins, certaines limites ont été notées : les collectivités territoriales sont peu associées à ces contrats et leur notoriété auprès de la population universitaire reste faible.

Le recours au contrat d'établissement a finalement engagé les universités sur un chemin d'autonomie : la loi n° 2007-1199 du 11 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités (article 17) a maintenu les « contrats pluriannuels d'établissement ».

5.2. Culture

C'est à l'occasion d'un litige contractuel relatif à la concession de l'Opéra-comique de Paris que la notion de « service public culturel » a été dégagée par

224 - À la rentrée 2006, un peu plus de 2 millions d'élèves étaient scolarisés dans 9 500 établissements privés sous contrat, soit presque 17 % des élèves scolarisés en France. Ce chiffre est stable depuis près de cinquante ans. Environ 140 000 enseignants y travaillent. Cf. B. Toulemonde, « L'enseignement privé », Jurisclasseur LexisNexis, Fascicule n° 233, septembre 2007.

225 - S. Erbès-Seguin (dir.), *Le contrat : usages et abus d'une notion*, Desclée de Brouwer, 1999, p. 96-100.

226 - Synthèse du rapport Frémont, *Les universités françaises en mutation : la politique publique de contractualisation (1984-2002)*, janvier 2004.

227 - J.-P. Finance, « Les contrats d'établissement dans le domaine de l'enseignement supérieur », *AJDA*, 19 mai 2003, p. 989-990.



le Conseil d'État²²⁸. Un tel service peut être géré directement par la collectivité en régie, être délégué à une personne publique ou privée²²⁹, ou bien faire l'objet d'un marché. Les formes juridiques de l'intervention culturelle locale sont donc variées, et l'option contractuelle, si elle se développe parallèlement à l'essor récent des politiques culturelles locales, n'est pas forcément la plus répandue²³⁰.

Dans le champ culturel, l'exacte qualification de la relation contractuelle s'avère donc cruciale mais difficile : une erreur peut entraîner l'annulation de la procédure de passation. Et le risque de requalification y est de fait élevé (cf. 7.3.3).

5.3. Sport

La notion de service public est au cœur de l'organisation du sport français. Si la délégation par l'État de prérogatives aux fédérations sportives relève d'un acte réglementaire, le contrat a néanmoins joué, pour la doctrine, un rôle important, celui de « l'étape première et fondamentale de la juridicisation du sport »²³¹, à travers notamment le financement sportif local.

- Les articles 16 et 17 modifiés de la loi sur le sport du 16 juillet 1984 autorisent l'État à confier des missions de service public à des fédérations de deux types, les fédérations agréées²³² et les fédérations délégataires²³³. L'agrément, nécessaire pour que les fédérations puissent bénéficier de subventions, constitue un acte administratif réglementaire.

La contractualisation du sport par l'État s'est principalement manifestée par la mise en place d'une programmation à long terme des équipements sportifs qui associe étroitement les fédérations. Celles-ci ont en particulier la charge de définir une politique en matière d'équipements sportifs pour leur discipline. Mais cette politique n'est validée par l'État que si elle répond aux objectifs définis par le fonds national pour le développement du sport (FNDS)²³⁴. C'est ainsi par

228 - CE, 27 juillet 1923, *Gheusy*, rec. p. 639.

229 - Pour un exemple de délégation reconnue à une association postérieurement à sa création, voir l'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État du 18 mai 2004 publié dans EDCE 2005, p. 185 au sujet de la Cinémathèque.

230 - Par exemple, sur les 4 500 écoles municipales de musique, dont 3 000 sont privées, répertoriées en 1992, seulement 5 % étaient « agréées » par l'État, c'est-à-dire accédaient plus facilement à des subventions avec en contrepartie un contrôle pédagogique de l'inspection de la musique.

231 - F. Buy, *L'organisation contractuelle du spectacle sportif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 26.

232 - 115 fédérations sont actuellement agréées en France, qui reçoivent 90 millions d'euros de subventions par an.

233 - Une fédération « agréée » participe à l'exécution d'une mission de service public, particulièrement dans les domaines de l'éducation par les activités physiques et sportives et de l'accès à la pratique de ces activités. Une fédération « délégataire » est chargée de l'exécution d'une mission de service public et bénéficie, dans la discipline sportive concernée, d'un monopole de quatre ans pour l'organisation de compétitions officielles.

234 - Ce fonds a été transformé en établissement public en 2006 (article L. 411-1 du code du sport), le Centre national pour le développement du sport (CNDS).



exemple qu'une convention entre l'État et la fédération française de *lawn-tennis* a permis la construction de 5 000 courts de tennis dans les années 1980²³⁵. Depuis 1986, l'octroi de subventions a été remplacé par une démarche contractuelle à plus long terme entre l'État et les fédérations sportives : le recours à des contrats d'objectifs²³⁶ permet, par la programmation des moyens consentis, d'assurer la cohérence et le suivi de la politique sportive.

- Si l'État a délégué une partie de la mise en œuvre du service public du sport aux fédérations, on a assisté en parallèle à l'essor du financement contractuel du sport par les collectivités territoriales. Cette évolution a été favorisée par la loi du 29 janvier 1993²³⁷, qui a rendu obligatoire l'appel à concurrence lorsqu'une collectivité locale décide de déléguer un service public à une association (cf. 7.2.2).

La loi sur le sport²³⁸ consacre la liberté d'intervention des collectivités locales en matière sportive. Les associations sportives peuvent recevoir d'elles des subventions à condition qu'elles participent à une mission d'intérêt général local et que leur montant ne dépasse pas 2,3 millions d'euros²³⁹ par année sportive. Le Conseil d'État a par ailleurs jugé que les associations sportives étaient chargées d'une mission éducative et sociale, renforçant ainsi la légitimité du soutien financier des collectivités locales²⁴⁰. Le soutien local, principalement municipal, est longtemps passé par de simples subventions, ce qui ne favorisait ni la cohérence ni la transparence des actions engagées par les associations sportives. Ceci a conduit à partir de 2000 à l'élaboration de conventions²⁴¹, qui permettent d'améliorer l'efficacité de l'attribution des subventions et la qualité du contrôle.

La mise à disposition de leurs équipements publics sportifs par les collectivités passe également très souvent par un contrat. Les relations contractuelles entre les communes et les clubs peuvent prendre quatre formes²⁴². En cas de simple occupation du stade, les clubs professionnels passent une convention d'occupation du domaine public, qui n'est pas soumise à une obligation de mise en concurrence préalable et oblige le club au paiement d'une redevance²⁴³. Quand l'équipement sportif communal n'est pas simplement mis à disposition mais

235 - G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, LGDJ, 1990, p. 373.

236 - Article 16 de la loi sur le sport du 16 juillet 1984, modifiée par la loi du 13 juillet 1992 puis par la loi n° 2000-67 du 6 juillet 2000.

237 - Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (articles 1^{er}, 19 et 31).

238 - P. Bayeux, *La nouvelle loi sur le sport*, Presses universitaires du sport, 2005, p. 13.

239 - Articles L. 113-2 et L. 113-1 du code du sport.

240 - CE, 31 mai 2000, *Ville de Dunkerque*, Recueil Lebon, p. 218.

241 - Trois types de convention peuvent être utilisés : la convention-cadre ; la convention d'application ; la convention spécifique.

242 - Rapport sur le projet de loi de finances pour 2008 : sport jeunesse et vie associative. Avis n° 92 (2007-2008) de B. Murat et P. Martin, fait au nom de la commission des affaires culturelles du Sénat, déposé le 22 novembre 2007.

243 - TA Lyon, 10 mars 2005, *Lavaurs cf SASP Olympique Lyonnais*, requête n° 0303726. Pour un exemple récent de contentieux portant sur la fixation du montant de la redevance par avenant à la convention d'occupation privative du domaine public et par transaction, voir CAA Lyon, 12 juillet 2007, *Ville de Lyon*, requête n° 06LY02105, *AJDA*, 2007, p. 2312, note D. Besle.



également entretenu et géré par un club, trois cas de figure se présentent : la délégation de service public (cf. 1.2.1), le bail emphytéotique administratif (cf. 1.1.2) ou le contrat de partenariat (cf. 1.2.2).

Des contrats de prestation de service, comme par exemple l'achat d'espaces publicitaires, représentent une autre forme de relation contractuelle entre collectivités territoriales et clubs sportifs. Les sommes en jeu sont plafonnées à hauteur de 30 % du total des produits du compte de résultat de l'année précédente, et au plus à 1,6 million d'euros par saison sportive²⁴⁴. Ces règles n'empêchent pas les soupçons sur le caractère de subvention déguisée que peuvent parfois revêtir certains de ces contrats.

6. En matière de relations internationales

L'ascension du contrat ne s'observe pas seulement dans la gestion des affaires nationales. Son rôle s'est également accru dans celle des affaires internationales.

6.1. Relations internationales commerciales

L'usage croissant du contrat, à côté du traité, s'observe dans les relations internationales commerciales nouées directement par les États avec d'autres gouvernements, avec des organisations internationales ou avec des personnes privées étrangères²⁴⁵.

Le développement de l'intégration régionale comme « *technique de coopération institutionnalisée entre États* »²⁴⁶ a accéléré l'usage du contrat. Cette propension des États à constituer des unions régionales sous la forme d'organisations internationales incite fortement au développement du commerce et, par conséquent, de l'usage du contrat privé. Ces différentes formes d'intégration économique régionale s'accompagnent souvent aussi de règles d'ouverture de la commande publique. L'Union européenne et l'ALENA prévoient ainsi des règles d'ouverture de leurs marchés publics à la concurrence internationale (cf. 10.1.1.3 pour l'Union européenne). En raison de leur importance quantitative et qualitative, les contrats passés par les administrations sont devenus l'un des grands enjeux des politiques d'intégration économique régionale.

Les contrats internationaux conclus par l'État se subdivisent en contrats d'État, ou « *State Contracts* »²⁴⁷, et contrats entre États par lequel deux États soumettent

244 - Décret n° 2001-829 du 4 septembre 2001.

245 - La distinction entre traité soumis au droit international public et contrat international soumis à une loi nationale n'est pas toujours aisée à opérer ni rigoureuse.

246 - J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 7^e édition, Montchrestien, 2006, Paris, p. 702, à propos de la dynamique des organisations internationales.

247 - Cette notion suscite des controverses doctrinales sur le régime juridique de ce contrat ainsi que sur la personnalité juridique de l'État signataire (sujet de droit international public, comme l'estime la majorité de la doctrine, ou personne de droit public interne).



volontairement leurs rapports à un droit interne²⁴⁸. Les contrats internationaux les plus fréquents portent sur des marchés de travaux²⁴⁹, des échanges commerciaux, des opérations de prêt ou d'investissement. Ils permettent aux États de chercher « *des organismes qui leur consentiront des prêts selon des modalités plus intéressantes que celles qui sont proposées par les institutions financières nationales, des entreprises qui disposent de savoir-faire que ne possèdent pas les entreprises nationales, etc.* »²⁵⁰

Depuis 1945 et surtout depuis les années 1970, s'est ainsi développé un droit global des contrats publics d'État²⁵¹. Ces contrats ont été appréhendés par le droit international, notamment depuis l'accord mondial sur les marchés publics conclu lors de l'Uruguay Round. Ce droit des contrats organise le règlement des différends, en particulier grâce à la signature de la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Créé par cette convention, le Centre international pour le règlement des différends liés aux investissements (CIRDI) arbitre le contentieux né entre États et ressortissants d'autres États en application des accords bilatéraux de protection des investissements. Pour les autres litiges, les clauses d'arbitrage des contrats d'État renvoient le plus souvent à la juridiction de tribunaux *ad hoc*.

Droit d'harmonisation, le droit des contrats publics internationaux « *tend à rapprocher le régime des contrats publics de standards communs de transparence, de publicité, de mise en concurrence.* »²⁵².

6.2. Coopération et aide au développement

La contractualisation a trouvé un autre point d'application avec la politique de coopération et d'aide au développement, qu'elle soit le fait de l'État ou des collectivités territoriales.

6.2.1. Au niveau de l'État

Un des nouveaux champs de prédilection du contrat concerne la coopération au sein des institutions internationales et la signature de nombreux contrats commerciaux dans le cadre des programmes d'aide et de coopération internationale. Ils sont surtout le fait des pays les plus avancés, ceux qui ont bénéficié le plus

248 - Cette soumission, on l'a vu, le différencie du traité. D'où aussi de grandes craintes sur la délocalisation de ces contrats et sur les questions totalement nouvelles qu'ils posent.

249 - Il existe aussi des marchés publics nationaux comportant des éléments d'extraterritorialité : lorsque l'État contracte pour répondre aux besoins de ses services à l'étranger, lorsqu'il réalise de grandes infrastructures avec des pays riverains (tunnel sous la Manche ; ligne Perpignan-Figueras...) ou lorsqu'il passe un marché avec une entreprise étrangère.

250 - J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Éditions Montchrestien, 2003, Paris.

251 - *Ibid.* p. 37-49. Ces contrats publics sont également soumis à certaines conventions internationales protégeant des droits fondamentaux, telles que la Convention de l'OIT sur les clauses sociales des contrats publics (cf. note 14).

252 - *Ibid.*, p. 46.



du processus d'ouverture commerciale internationale et possèdent les moyens de développer des politiques nationales privilégiant la signature de contrats avec les pays en voie de développement.

Le recours à la contractualisation fait partie intégrante des politiques de développement et de stabilisation économiques prônées et menées par des institutions internationales comme la Banque mondiale et l'Organisation mondiale du commerce vis-à-vis des pays en développement. Elles ont en effet édicté un corpus de normes relatives à la contractualisation qui précisent les types de contrats internationaux devant être privilégiés dans des buts déterminés. Par exemple, l'intervention de la Banque mondiale, au titre de son programme de lutte contre la pauvreté, a été cruciale pour les opérateurs du projet d'exportation du pétrole tchadien. La caution apportée par la Banque au contrat passé entre le gouvernement tchadien et le consortium pétrolier a apporté une garantie indispensable vis-à-vis du risque politique et contribué à une mobilisation plus importante de capital. Comme l'observe le professeur Jean-Bernard Auby : « *Tout le problème classique des "contrats d'État" – ces contrats conclus entre les États, notamment en développement, et des entreprises étrangères, dans un but de développement économique – est là. La croissance, la pérennité même de cet outil de développement des pays les moins avancés dépendait de ce que l'on pût les assurer contre les soubresauts d'États peu stables politiquement.* »²⁵³

Bien qu'ils puissent être instrumentalisés pour favoriser les intérêts de quelques agents économiques, ces contrats permettent en général de mobiliser des flux d'investissements significatifs au profit des pays moins favorisés.

Les gouvernements utilisent aussi le contrat international pour mener leurs propres politiques d'aide au développement : financement privé d'équipements, fourniture d'équipements ou de services publics, transferts de technologies... Cette aide, allouée sous couvert de contrats conclus entre les pays en voie de développement et les pays développés ou leurs entreprises, est souvent conditionnée au respect de certaines obligations en vue d'assurer l'efficacité de cette aide.

Un bon exemple de ce type de contrat est fourni par les contrats de désendettement et développement (C2D) conclus par le Gouvernement français à partir de 2001. Les C2D constituent le « *principal volet bilatéral additionnel français de l'initiative PPTE (pays pauvres très endettés) d'allègement de la dette des pays en développement* »²⁵⁴. Selon ce contrat, les PPTE continuent de rembourser leur dette à chaque échéance mais, une fois le remboursement constaté, la France reverse la somme sur un compte de la Banque centrale du pays. Le montant reversé est affecté par le bénéficiaire de l'aide aux programmes inscrits dans le C2D préalablement négocié²⁵⁵.

Les C2D illustrent le potentiel et la dynamique du phénomène de contractualisation dans la gestion des relations internationales contemporaines. Ils s'adaptent facilement aux besoins des parties et formalisent leurs attentes respectives

253 - J.-B. Auby, *ibid.*

254 - http://www.ambafrance-cm.org/article.php3?id_article=697

255 - « Note pour le Conseil de surveillance de l'Agence française de développement du 29 juin 2006 » ; http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/C2D_-_doctrinerenovee_-_2006_05



de façon immédiate. Ils permettent aussi de sortir, au moins en apparence, d'une relation dominant/dominé pour rentrer dans une logique de négociation entre parties égales.

6.2.2. *Coopération décentralisée*

Contribuant à l'intégration économique et culturelle de différentes communautés, les contrats de coopération décentralisée représentent un moyen de plus en plus largement utilisé pour développer les relations entre collectivités territoriales de différents pays²⁵⁶. La faculté qu'ont ces collectivités, en tant que personnes juridiques de droit interne, de contracter au plan international avec une personne privée ou publique étrangère²⁵⁷ contribue fortement à la création et au développement de nouvelles relations contractuelles au niveau mondial.

Un type de contrat en pleine ascension, à la fois effet et conséquence de l'ouverture croissante des régions au commerce international, est le marché public conclu entre une collectivité territoriale et une personne privée étrangère. En Europe, les marchés publics font l'objet d'une réglementation spécifique visant à encourager la passation de ce type de contrat international. Ceux qui sont confiés à des étrangers communautaires progressent rapidement : de 1,4 % des marchés globalement conclus en 1987, ils sont passés à 10 % en 1998²⁵⁸.

La coopération décentralisée fournit aussi un très bel exemple de recours au contrat pour répondre aux nouveaux besoins en matière de gestion des relations internationales²⁵⁹. Ayant souvent pris initialement la forme d'accords de jumelage liant des collectivités locales, elle révèle aujourd'hui une panoplie beaucoup plus vaste et plus diversifiée : échange de personnes, organisation d'événements culturels, coopération économique, soutien technique, protection environnementale, aide d'urgence lors de catastrophes naturelles etc. La Commission nationale de la coopération décentralisée, mise en place en 1996, recense annuellement environ 6 000 opérations de coopération décentralisée engagées par les collectivités territoriales françaises, concernant 119 pays. Ce mouvement de participation des collectivités territoriales aux relations contractuelles internationales n'est pas propre à la France ; il concerne toute l'Europe, notamment l'Europe occidentale²⁶⁰. Il est stimulé par l'intégration européenne ainsi que par le phénomène général de la globalisation. La place de la coopération décentralisée est reconnue par les résolutions du Conseil de l'Europe, les recommandations de l'OCDE et par des conventions bilatérales ou

256 - Les études du Conseil d'État, *Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales*, La Documentation française, 2006.

257 - Les contrats de coopération décentralisée concernent des accords entre collectivités territoriales de pays différents alors que les marchés publics lient les collectivités territoriales à des personnes privées étrangères. Les collectivités territoriales n'ont en revanche pas le droit de contracter avec des États étrangers d'après l'article L. 1115-5 du code général des collectivités territoriales.

258 - S. Lemaire, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, 2005, p. 134.

259 - Sur les contrats de coopération décentralisée et l'utilisation du groupement d'intérêt public de coopération décentralisée, voir O. Gohin, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17, 2004, p. 98.

260 - S. Lemaire, *ibid.*



multilatérales telles que la convention-cadre de Madrid²⁶¹. Pour ce qui concerne l'Union européenne, le règlement (CE) n° 625/2004 a modifié et prorogé jusqu'au 31 décembre 2006 le règlement du Conseil du 17 juillet 1998 (CE) n° 1659/98 relatif à la coopération décentralisée. Il précise que les acteurs de la coopération décentralisée ne proviennent pas exclusivement des pays en développement mais aussi de la Communauté européenne. Il vise également à favoriser la capacité de dialogue des sociétés civiles pour qu'elles soient des interlocuteurs valables dans le processus démocratique. Depuis le règlement de 1998, l'Union a en outre privilégié le contrat comme mode de gestion des programmes de réduction de la pauvreté dans les pays en développement. Cette coopération décentralisée, ainsi que d'autres volets de la politique de développement de l'Union européenne, a été intégrée à compter du 1^{er} janvier 2007 dans un « *instrument de financement de la coopération au développement* », dont un programme vise les « *acteurs non étatiques et autorités locales* ».

En France, la loi d'orientation n°92-125 du 6 février 1992 consacre la coopération décentralisée et l'existence d'accords internationaux conclus au niveau infra-étatique²⁶². Soutenue par l'État, elle est devenue « *une réalité institutionnelle et politique, une valeur sûre de l'action extérieure de la France* »²⁶³. La loi n°2007-147 du 2 février 2007 relative à l'action extérieure des collectivités territoriales et de leurs groupements, qui a modifié l'article L. 1115-1 du code général des collectivités territoriales, fait de la convention le support privilégié de l'expression de cette politique. Elle prévoit en effet que ces collectivités et leurs groupements peuvent conclure des conventions qui précisent l'objet des actions envisagées et le montant prévisionnel des engagements financiers.

Le phénomène de la contractualisation régionale témoigne de l'ouverture croissante des régions aux relations internationales et de leur insertion dans la mondialisation en même temps qu'il sert d'instrument à son intensification.

261 - La convention-cadre de Madrid, adoptée le 21 mai 1980, est entrée en vigueur le 22 décembre 1981. Elle s'impose encore à ce jour comme la convention de référence en matière de coopération décentralisée. Son article premier stipule que « *Chaque Partie contractante s'engage à faciliter et à promouvoir la coopération transfrontalière entre les collectivités ou autorités territoriales* ». On peut également mentionner l'accord de Karlsruhe du 23 janvier 1996 signé par l'Allemagne, la France, le Luxembourg et la Suisse.

262 - Son article 131-I dispose « *Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent conclure des conventions avec des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements, dans les limites de leurs compétences et dans le respect des engagements internationaux de la France.* » Sur le régime juridique de ces conventions, voir l'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État en date du 25 octobre 1994, publié dans *Études et Documents*, n° 46, p. 379. Voir aussi la décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995.

263 - http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/rubrique.php3?id_rubrique=1054



Conclusion : la quantification du phénomène contractuel

Cet inventaire du champ contractuel confirme, s'il en était besoin, que le contrat n'a pas cessé de gagner du terrain, en largeur et en profondeur, depuis les années 1970. Mais peut-on quantifier le phénomène et mesurer si la progression du contrat s'est effectuée au détriment de l'acte unilatéral ou, au contraire, si les deux catégories d'actes ont connu une progression parallèle ?

Bien que la question soit d'importance pour l'élaboration et le pilotage des politiques publiques, et malgré l'effort accompli en matière d'indicateurs à l'occasion de la mise en place de la LOLF, **ni l'État ni les collectivités territoriales ne se sont encore outillés pour disposer dans la durée de statistiques fiables sur le nombre et la proportion respective des actes qu'ils prennent en vertu de la loi, acte administratif unilatéral (réglementaire ou individuel) et contrat.** Aucune recherche en science politique ou administrative ne comble cette lacune.

On dispose, certes, de statistiques partielles portant sur le nombre et la valeur des marchés publics passés chaque année²⁶⁴ (cf. 1.1.1) ou sur le nombre d'actes soumis au contrôle de légalité par les préfets, mais on ne dispose d'aucune information sur le nombre de contrats ou de décisions unilatérales soumises au contrôle financier. On sait encore que parmi les recours préfectoraux formés au titre du contrôle de légalité, la commande publique occupe la troisième place, derrière les questions de personnel et d'urbanisme et que ces déférés, qui représentaient seulement 7,8 % du total en 2004, sont passés à 10,9 % des recours en 2006 (153 sur 1 411) ; mais il s'agit d'une donnée également limitée.

Du côté du contentieux, on dispose des chiffres fournis par les différentes juridictions administratives.

Depuis 2000, on observe une augmentation lente mais régulière du nombre d'affaires contentieuses relatives aux contrats et marchés publics. Depuis 2005, les entrées nettes dans les tribunaux administratifs (TA) tournent autour de 5 000 par an, contre 4 700 au début des années 2000 ; celles des cours administratives d'appel (CAA) autour de 1 050 contre 780. Le contentieux contractuel représente ainsi environ 3 % des affaires en 2007 devant les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Grâce à la hausse des sorties, le stock d'affaires à juger baisse entre 2000 et 2007 : de 7 195 à 6 219 pour les TA et de 1 777 à 1 595 pour les CAA.

Ce sont les contrats passés par les collectivités territoriales qui génèrent l'essentiel de ce contentieux. Quatre fois plus volumineux que le contentieux dirigé contre l'État (cf. 13.4.3), le contentieux des contrats passés par les collectivités

264 - Un arrêté du 29 décembre 2007 (*Journal officiel* n° 302 du 29 décembre 2007), pris en application de l'article 133 du code des marchés publics, rend obligatoire, à compter du 1^{er} janvier 2008, la publication annuelle par tout pouvoir adjudicateur de la liste des marchés conclus l'année précédente. La liste, établie par tranches de prix, distingue entre marchés de travaux, fournitures et services, fait apparaître l'objet et l'attributaire du marché.



territoriales représente plus des 2/3 du total. Néanmoins, les contrats de l'État font l'objet d'un contentieux en augmentation, surtout devant les cours : l'écart par rapport aux contrats des collectivités territoriales se résorbe puisqu'il passe d'un rapport de 1 à 10 (23 entrées sur 235 en 2000) à un rapport de 1 à 3 (211 sur 604 en 2007).

Les référés en matière contractuelle constituent une part importante et croissante du contentieux. Ils représentent plus de la moitié du contentieux pour les tribunaux administratifs en 2007 (2570 entrées sur 5 129), dont plus des deux tiers concernent les contrats des collectivités territoriales. Devant les cours, les référés relatifs aux contrats publics ont pris un certain essor depuis 2004, où l'on dépasse 200 entrées contre 136 en 2000. De plus, la part des référés contre des contrats étatiques a fortement augmenté, comparée à celle relative aux contrats des collectivités territoriales : elle passe d'un rapport de 1 à 7 en 2000 (5 entrées contre 36) à 1 à 3 en 2007 (50 entrées contre 135). Dans ce total, la part du référé « sursis à déféré préfectoral » est infime : après 3 entrées en 2000, plus aucune entrée n'a été enregistrée depuis 2004.

Le contentieux relatif aux contrats et marchés publics soumis au Conseil d'État connaît une semblable augmentation, même si le chiffre reste modeste comparé à l'ensemble du contentieux : 222 pourvois en 2005 et 281 en 2006 sur près de 12 000, soit un peu moins de 3 % des affaires. Cette progression est très largement due au contentieux des marchés et contrats des collectivités territoriales, qui passe de 140 à 180 entrées de 2005 à 2006. En revanche, le nombre des entrées baisse de 56 à 42 dans le référé précontractuel, principalement pour les contrats qui concernent l'État (6 nouvelles entrées contre 15). Le nombre des référés suspension reste stable, avec 16 nouvelles entrées en 2005 et 18 en 2006.

À plus forte raison, ne dispose-t-on d'aucune information fiable sur le volume et le degré de complexité des contrats. Si le Conseil d'État a pu prendre la mesure du nombre et de la longueur des textes législatifs²⁶⁵ ou réglementaires, cet exercice est jusqu'à présent impossible pour les contrats dès lors que ceux-ci sont rarement publiés. En l'état de nos connaissances, on ne sait donc pas si le contrat est, comme la loi, devenu bavard. On peut néanmoins, sans grand risque de se tromper, le supposer²⁶⁶. Les témoignages concordants des praticiens et des fonctionnaires attestent que leurs préambules sont devenus plus longs, que des lois et des règlements y sont inutilement et mal recopiés, que les contrats s'efforcent de tout prévoir, dans le moindre détail. Mais cette affirmation subjective mériterait d'être étayée par des éléments objectifs.

265 - Rapport public 2006 du Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, 2006, p. 265.

266 - À titre d'exemple, des personnes qui ont participé à leur élaboration sur une longue période font observer que les COG (cf. 2.2.3) ont perdu de leur légèreté et souplesse initiales : leur préparation requiert de plus en plus de temps et de travail en amont ; elles codifient des pratiques et entrent dans le détail au lieu de se borner à des généralités.



Deuxième partie

Contrat, loi et décision administrative unilatérale : des imbrications croissantes

« Le point capital est de déterminer exactement ce qu'est le contrat. Beaucoup de difficultés naissent dans le droit de la mauvaise terminologie. Il faudrait pourtant, une fois pour toutes, employer les mêmes mots pour désigner les mêmes choses, et des mots différents pour désigner ces choses différentes. On doit réserver le mot contrat pour désigner une certaine espèce d'acte plurilatéral et seulement celle-là. Il faut déterminer les caractères de cette espèce d'acte plurilatéral et n'employer le mot contrat que lorsque ces caractères se trouvent réunis. Malgré les controverses qui se sont élevées sur ce point, la chose n'est pas très difficile. Qu'on n'oublie pas, en effet, que le contrat est une création du droit romain passée dans le droit civil moderne et répondant à un système juridique essentiellement subjectiviste et individualiste ».

*Léon Duguit,
Traité de droit constitutionnel, tome I, 1921.*

Mode de production de normes et procédé d'action publique, le contrat administratif s'inscrit dans une hiérarchie des normes juridiques. S'il figure parmi les principaux moyens utilisés pour mettre en œuvre l'action publique dans des domaines nombreux et variés, il est généralement admis qu'il occupe la dernière place dans la hiérarchie des normes juridiques. Pour être légal, le contrat doit en effet, sauf prévision contraire de celle-ci, se conformer à la loi et à toutes les décisions administratives unilatérales, réglementaires ou individuelles. Le droit public repose en effet tout entier sur l'idée d'une prééminence de l'acte unilatéral, expression d'une volonté générale davantage valorisée que la volonté particulière exprimée dans le contrat. Et le droit administratif relaie cette conception en reconnaissant dans l'acte unilatéral l'expression privilégiée de l'intérêt général.



Même s'il se situe tout en bas de la hiérarchie normative, le contrat ne se distingue pas toujours aisément des deux autres types de normes²⁶⁷, loi et décision administrative unilatérale. Une certaine confusion conceptuelle et terminologique règne en la matière, qu'il faut tenter de dissiper. C'est que « *Loi et contrat se situent en réalité sur une échelle de continuité* »²⁶⁸. L'étude de l'articulation du contrat avec les deux autres grands types de normes juridiques – la loi et la décision administrative unilatérale, réglementaire ou individuelle – est donc indispensable. Car le contrat se définit d'abord comme un procédé non unilatéral²⁶⁹.

7. Qu'est-ce qu'un contrat et à quoi sert-il ?

Pour définir le contrat, y compris en droit administratif, il est d'usage de partir du code civil qui, le premier, en a cerné les caractéristiques, pour mieux faire ressortir, par différence, les particularités ou les spécificités du contrat administratif, surtout formelles. Passer en revue les grandes typologies contractuelles permet aussi de mieux cerner les différentes fonctions du contrat en droit administratif.

7.1. Du contrat civil au contrat administratif

L'article 1101 du code civil définit le contrat comme « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs*

267 - L. Aynès, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17, p. 77. Contrairement à l'opinion la plus répandue, l'auteur soutient dans cet article que la loi et le contrat n'entretiennent aucun rapport de hiérarchie, surtout depuis que le Conseil constitutionnel a reconnu à la liberté contractuelle une valeur constitutionnelle (cf. 10.1.2.1). Convention et loi opéreraient dans deux ordres différents : « *À la première, les rapports entre les parties ; dans ce domaine la loi est supplétive. À la seconde, l'intérêt général. Cette répartition est parfaitement exprimée par l'article 6 du code civil...* ».

268 - J.-M. Pontier, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 187.

269 - La *summa divisio* des actes sources de droit ou d'obligation en deux catégories, loi et contrat, fait elle-même l'objet de débats doctrinaux depuis le XIX^e siècle. Le traité de droit civil de Planiol la consacre : « *toutes les obligations dérivent de deux sources seulement, le contrat et la loi. Dans le contrat, la volonté des parties forme l'obligation ; c'est elle qui est la force créatrice et qui détermine à la fois l'objet et l'étendue de l'obligation. Le législateur n'intervient que pour sanctionner l'œuvre des parties en leur donnant une action et pour les surveiller en établissant des limites à leur liberté, au moyen de prohibitions et de nullités. En l'absence d'un contrat, la naissance d'une obligation ne peut avoir d'autre cause que la loi...* ». Si l'on admet en revanche avec L. Duguit que cette distinction ne rend pas compte de toutes les réalités, en particulier des situations où des concours de volonté ne débouchent pas nécessairement sur un « contrat », et que d'autres droits comportent une palette plus riche, la question de la place du contrat ne peut plus être abordée de la même façon. Le droit administratif désigne en fait sous le vocable « contrat », concept simplificateur et réducteur, tout ce qui ne s'analyse pas comme une norme unilatérale : le « contrat » joue donc le rôle d'une catégorie fourre-tout dans laquelle se rangent d'office tous les actes qui ne sont pas unilatéraux. Et le recensement des usages du contrat auquel il a été procédé en première partie de ce rapport peut laisser comme première impression celle qu'on retire de la visite d'un grand bazar où l'on trouve de tout.



autres, à faire ou à ne pas faire quelque chose »²⁷⁰. Léon Duguit souligne que dans le contrat les deux contractants « ont une situation et des intérêts opposés; l'un a l'obligation d'accomplir une certaine prestation envers l'autre, lequel a le pouvoir d'exiger l'accomplissement de cette prestation. Un acte juridique n'est un contrat que s'il peut rentrer dans ce moule à contrat qu'est la stipulation; je veux dire qu'il n'y a contrat (...) que si en un mot un lien entre créancier et débiteur est voulu par les deux individus. Sinon il y a autre chose qu'un contrat: il peut y avoir une convention; mais il n'y a pas de contrat »²⁷¹. En toute rigueur donc, le terme « contrat » devrait être réservé à un croisement d'obligations réciproques entre un créancier et un débiteur. L'usage a cependant voulu qu'il n'en soit pas ainsi. D'où le flottement dans les concepts et dans la terminologie, qui ne facilite pas l'appréhension du phénomène contractuel.

270 - Cette définition reprend celle que donnait Pothier dans son *Traité des obligations*. Planiol, dans son *Traité de droit civil* le définit ainsi : « le contrat est une espèce particulière de convention, dont le caractère propre est d'être productif d'obligations ». Julliot de La Morandière, dans son *Précis de droit civil*, souligne de même que « Le contrat est seulement la convention qui a pour but de faire naître une ou plusieurs obligations. Un accord dans le but d'éteindre une obligation, ou dans le but de créer, modifier ou éteindre un droit quelconque est une convention et non pas un contrat. Il faut remarquer toutefois que dans la pratique l'on confond souvent les deux expressions. D'ailleurs les principes généraux qui dominent la formation et les effets des contrats s'appliquent à toutes les conventions ». Cette définition restrictive du contrat remonte en réalité à des temps plus anciens : Oresme le définit déjà pour sa part en 1370 comme « un accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer une obligation » (Eth. 249).

Le projet de code européen des contrats de 2001 de l'Académie des privatistes européens définit le contrat de manière plus large (cf. 10.1.1.2) : « le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets même à la charge d'une seule partie ».

271 - *Traité de droit constitutionnel*, tome I, 1921, p. 281. Dans ce traité (p. 283), Duguit invoque au soutien de son analyse le Cours de droit civil français d'Aubry et Rau : « Une convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique. La convention qui a pour objet la formation d'une obligation se nomme plus spécialement contrat. La convention est le genre, le contrat est l'espèce... il s'ensuit qu'il peut y avoir concours de volonté sans qu'il y ait contrat, qu'il n'y a pas de contrat lorsqu'il y a pluralité de déclarations de volonté ayant le même objet et déterminées par le même but, et non pas pluralité de déclarations de volonté ayant des objets différents, déterminées l'une par l'autre ; qu'il n'y a pas contrat non plus, bien qu'il y ait convention, quand celle-ci a pour objet de provoquer la formation d'une situation, qui n'est pas un rapport de créancier à débiteur ». Inspiré notamment par le droit allemand, Duguit identifie finalement trois catégories d'actes plurilatéraux ou conventions, tous licites selon la loi : le contrat, l'union et l'acte collectif. L'union consiste en un concours de volontés unilatérales de personnes qui poursuivent un but commun sans avoir d'intérêts opposés et qui donne naissance à un acte-condition ou acte-règle opposable aux tiers comme des statuts (il conteste donc la qualification de contrat donnée par le législateur à l'association ou à la société). Soulignant au passage (p. 297) que « C'est la discipline du groupe qui constitue un véritable droit pénal s'imposant aux membres du groupe », il résout élégamment la question de la sanction de la méconnaissance de la loi du groupement. L'acte collectif est défini quant à lui comme une convention (intersociale) conclue entre deux groupements qui s'accordent pour appliquer une même règle générale, une même loi, lorsque leurs membres concluront à leur tour un contrat individuel. Duguit, qui a analysé la loi de 1919 récemment adoptée (cf. 2.1), se félicite de ce que le législateur ait désigné l'accord collectif de travail « convention collective » et lui ait reconnu implicitement la nature d'un acte-règle, même s'il regrette le caractère flottant du langage employé et l'allusion au contrat dans l'article 2 de la loi. Pour finir, Duguit souligne (p. 314) qu'une convention peut comporter à la fois des éléments contractuels et une union, en prenant l'exemple des concessions de service public où il distingue des clauses contractuelles et des clauses réglementaires formant la loi du service. Finalement, pour Duguit, les deux catégories de la loi et de la convention sont suffisantes pour décrire le champ normatif et délimiter celui du contrat, une simple espèce au sein du genre conventionnel.



7.1.1. Un consentement libre et éclairé

Le contrat se distingue de l'acte unilatéral en ce qu'il ne devient la « loi des parties », selon les termes de l'article 1134 du code civil, **qu'à l'issue d'une négociation**²⁷² (cf. 7.2.1). La seule volonté de sujets de droit donne au contrat toute sa force²⁷³, sans que cela nécessite un quelconque formalisme.

Afin de préserver l'intérêt individuel et général, la formation du contrat est subordonnée à la présence de consentements libres et éclairés, non viciés, qui se rencontrent dans le but de trouver un accord sur la chose et le prix. Le « caractère social » du contrat, souvent souligné par la doctrine, découle d'abord de son bi ou plurilatéralisme – ou multipartisme²⁷⁴.

Comme le juge civil, le juge administratif vérifie à ce titre l'existence d'un accord de volonté sur les clauses essentielles donnant naissance à un contrat²⁷⁵ ou d'un accord tacite pour la reconduction d'un marché²⁷⁶.

Lorsque certains services appartenant à une même personne publique passent entre eux un contrat, la doctrine et la jurisprudence considèrent généralement qu'il ne s'agit pas là d'un contrat car manque la condition relative au consentement libre et éclairé entre deux personnes distinctes aux plans organique et matériel.

Si le contrat se définit comme la norme juridique émanant de volontés totalement libres, force est de constater que **ces volontés autonomes ne peuvent s'exercer qu'à l'intérieur d'un cadre légal prédéfini**. Les relations privées organisées par le contrat s'inscrivent dans un contexte social et juridique qui les oriente et les contraint. Déjà Durkheim soulignait que « *tout n'est pas contractuel dans le contrat* »²⁷⁷ et ajoutait « *pour que la force obligatoire du contrat soit entière, il ne suffit pas qu'il ait été l'objet d'un assentiment exprimé ; il faut encore qu'il soit juste (...)* ». Et à travers des notions telles que la licéité des contrats²⁷⁸ et l'ordre public²⁷⁹, la loi interdit de contracter dans certains domaines²⁸⁰ ou de prévoir tel

272 - Donnant naissance à la loi des parties, le contrat est, sous cet angle, généralement considéré par la doctrine comme une source de la norme juridique, au même titre que la loi. C'est l'une des nombreuses significations attribuées au « *pacta sunt servanda* ».

273 - Dans cette conception individualiste du contrat, que reprend Hauriou dans ses Principes de droit public, seul l'échange de volonté, d'une volonté créatrice, donne naissance à une situation de droit. L'influence de la pensée de Bergson est ici manifeste.

274 - M. Bénabent, *Droit civil*.

275 - CE, Sect., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados*, rec. p. 135, *AJDA*, 1972, p. 245, concl. G. Guillaume.

276 - 21 novembre 2007, *Soc. IBM-France*, requête n° 262908, *AJDA*, 2007, p. 2235.

277 - E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1973, p. 189.

278 - Articles 1108 et 1131 du code civil.

279 - Sur l'ordre public en droit administratif, voir C. Maugüé, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694.

280 - À titre d'exemple le principe de l'indisponibilité du corps humain et l'interdiction qui en découle de son commerce et de celui des organes singularisent la France en Europe.

ou tel type de clause dans un contrat, à peine de nullité totale ou partielle²⁸¹. Elle prédétermine aussi des types de contrat auxquels les parties ne peuvent qu'adhérer (le contrat de louage ou de louage de service, de travail, de prêt, de rente, de vente, de dépôt, de mandat, de société, de bail, d'assurance...). La loi rend possible le contrat²⁸², détermine en amont ce qui est négociable et ce qui ne l'est pas, délimite le champ qui lui est ouvert, lui reconnaît force et validité et intervient parfois dans son contenu. Il serait donc erroné de croire que le contrat civil ne comporte pas de limitations à l'expression de la volonté ou que l'expression libre de cette dernière donne par elle-même naissance au contrat.

Le juge administratif, même si ses décisions en la matière sont rares, ne raisonne pas différemment : il juge ou répute également sans cause des contrats qui ne comportent pas de contrepartie ou poursuivent un but illicite²⁸³. En somme, derrière le contrat, il existe toujours un garant du contrat, qui lui est extérieur²⁸⁴.

7.1.1.1. Contrat administratif et contrat civil

Comparativement au contrat de droit privé, le contrat administratif possède quelques spécificités. Tout d'abord, conclu dans l'intérêt général, il doit assurer le bon fonctionnement du service public et permettre de mettre en œuvre l'action administrative.

Spécifique par son objet, le contrat administratif conserve néanmoins de nombreuses similitudes avec le contrat civil. Le contrat doit avoir été conclu par un agent compétent ou ayant la capacité juridique de s'engager ; le consentement des contractants doit avoir été valablement donné²⁸⁵ ; l'objet du contrat doit

281 - Voir sur ces points les articles 6 et 1128 du code civil et I. Moine, *Les choses hors du commerce*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 271, 1997.

282 - La décision n° 83-160 DC du 19 juillet 1983 (cf. 4) relève au sujet de la convention fiscale conclue entre le gouvernement français et celui de Nouvelle-Calédonie que « de telles conventions, de pur droit interne, puisent leur force obligatoire à l'égard du Gouvernement, des administrations et des juridictions dans la loi française en vigueur ».

283 - Dans trois affaires récentes, le Conseil d'État a eu l'occasion d'appliquer la notion de cause au contrat administratif. Dans la première, il a réputé sans cause un marché correspondant à des travaux déjà payés par ailleurs (CE, 26 septembre 2007, *Office public départemental d'HLM du Gard*, requête n° 259809). Dans la seconde, il a confirmé un arrêt de cour administrative d'appel ayant pris en compte des faits postérieurs à la signature d'une convention pour estimer que celle-ci n'avait pas poursuivi un but illicite (CE, 15 février 2008, *Commune de Lalonde-les-Maures*, requête n° 279045, *AJDA*, 2008, p. 327). Dans la troisième, il estime que ne commet pas une erreur de droit une cour administrative d'appel qui juge qu'une convention conclue selon un modèle type fixé par un acte réglementaire entaché d'incompétence repose sur une cause illicite (CE, 20 février 2008, *Office national de la chasse et de la faune sauvage*, requête n° 302053). Voir aussi *AJDA*, 2008, p. 575, Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau.

284 - Ce garant est, selon les époques et les auteurs : la constitution, la loi, la morale, la croyance religieuse, la norme culturelle comme le respect de la promesse ou la confiance dans la parole d'autrui... L'existence d'un garant extérieur au contrat rappelle la part d'hétéronomie inhérente à tout contrat et relativise la thèse, très répandue, de l'autonomie du contrat.

285 - Article 1109 du code civil pour le contrat civil ; CE, 15 janvier 1931, *Boyreau*, rec. p. 49, pour une démission qui n'a pas été donnée par l'intéressé « sous l'empire d'une contrainte de nature à vicier son consentement ».



être déterminé ; sa durée ne peut être perpétuelle ; sa cause doit être licite²⁸⁶. De même, la théorie des vices du consentement, qui recouvre le dol²⁸⁷, l'erreur et la violence, s'applique en droit administratif comme en droit privé²⁸⁸.

Contrat civil et contrat administratif s'inscrivent de fait dans un droit général des contrats²⁸⁹.

Le contrat administratif tire sa qualification de deux sources : de la loi ou de la jurisprudence²⁹⁰.

Dans le premier cas, l'acte tire sa qualification de la volonté du législateur. La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier a ainsi, dans un souci de simplification, qualifié de contrats administratifs tous les marchés publics passés en application du code des marchés publics (TC, 17 décembre 2007, *Soc. Lixxbail c/ État*, requête n° 3651).

Les marchés conclus en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 (cf. 1.1.1) ne sont en revanche pas des contrats administratifs par détermination de la loi : ce sont les critères jurisprudentiels qui permettent de les qualifier au cas par cas.

Pour identifier la présence d'un contrat, le juge administratif se fonde sur deux critères : un critère organique et un critère matériel. Sont des contrats administratifs les contrats conclus par une personne publique en vue ou à l'occasion du fonctionnement d'un service public et qui remplissent en outre l'une des deux conditions suivantes : la présence dans le contrat de clauses exorbitantes ou la participation directe du cocontractant à l'exécution même du service public²⁹¹.

Pour qu'il y ait contrat administratif, la présence d'une personne publique au minimum est requise²⁹² mais elle n'est pas toujours suffisante. Car si le contrat conclu par une personne publique « ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé », le contrat n'est pas qualifié d'administratif. Pour cette

286 - CE, 5 mars 1954, *Demoiselle Soulier*, rec. p. 139.

287 - Pour un exemple récent d'application de la théorie du dol et du dol incident, voir CAA Paris, 17 avril 2007, *SNCF*, requête n° 05PA04370, *Contrats et marchés publics*, 2007, n° 168, obs. Zimmer, à propos d'un contrat non soumis au code des marchés publics et F. Moderne, *Une illustration exemplaire de la théorie du dol dans le contentieux des contrats administratifs*, *RFDA*, 2008, p. 109 ; ou encore CE, 22 février 2008, *Tête*, requête 266755, *AJDA*, 2008, p. 438, qui rappelle que le dol fait obstacle à toute indemnisation du cocontractant, dont le contrat est déclaré nul, sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

288 - Pour le droit civil, voir les articles 1110, 1113 et 1116 du code civil ; pour le droit administratif : CE, Sect., 19 janvier 1945, *Société des avions G. Voisin*, rec. p. 19.

289 - M. Ricci, *Droit administratif*, 2006 ; ou CE, 22 février 2008, *Tête*, requête 266755, *AJDA*, 2008, p. 438 : le dol fait obstacle à toute indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause du cocontractant dont le contrat est déclaré nul.

290 - Le rôle du juge administratif en matière contractuelle a toujours été considérable ; c'est lui qui, historiquement, a défini les critères du contrat administratif, élaboré les grandes catégories de contrats et déterminé leurs règles de passation et d'exécution.

291 - A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e édition, LGDJ, 1962. CE, Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, rec. p. 162, *GAJA*, 16^e édition, n° 74, p. 491.

292 - TC, 21 mars 1983, *UAP*, rec. p. 537, *AJDA*, 1983, p. 356, concl. D. Labetoulle, D 1984, p. 33 note J.-B. Auby et H.-G. Hubrecht, *Rev. Adm.*, 1983, p. 368, note B. Pacteau.



même raison, l'essentiel de l'activité des services publics industriels et commerciaux relève du juge judiciaire (TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, rec. p. 831), de même que le contentieux relatif au mandat civil²⁹³. En sens inverse, quelques rares contrats conclus entre personnes privées peuvent être qualifiés d'administratifs : les marchés relatifs à la construction des routes nationales (TC, 8 juillet 1963, *Soc. Entreprise Peyrot*, rec. p. 603)²⁹⁴, certains contrats d'occupation du domaine public²⁹⁵, les contrats recueillis et poursuivis par une société issue de la transformation d'un établissement public, les contrats passés par une personne privée chargée d'une mission de service public (avis de la section de l'intérieur du 18 mai 2004, EDCE 2005, p. 185) ou les contrats conclus par une personne privée transparente²⁹⁶.

Quant au critère matériel, la jurisprudence accordait à l'origine un rôle fondamental à la finalité du contrat, assurer un service public²⁹⁷. Depuis l'arrêt du 31 juillet 1912 *Sociétés des Granits porphyroïdes des Vosges* (rec. p. 909, concl. Blum ; GAJA, 13^e édition, p. 155), c'est la présence d'une clause exorbitante du droit commun qui confère au contrat son caractère administratif²⁹⁸. Puis, avec l'arrêt *Époux Bertin* de 1956, la jurisprudence opère une synthèse en retenant un critère alternatif : un contrat est qualifié d'administratif soit parce qu'il contient des clauses exorbitantes de droit commun, soit parce que le cocontractant participe directement à l'exécution même du service public.

7.1.1.2. La nature juridique des contrats conclus avec les agents

Compte tenu de leur place, la jurisprudence a eu à se pencher très tôt sur la nature juridique des contrats, de droit privé ou de droit public, liant l'administration à ses agents (cf. 1.3.2) et sur la détermination de la compétence juridictionnelle pour en connaître.

293 - Sur le régime du mandat administratif, voir M. Canedo, *Le mandat administratif*, thèse, LGDJ, 1999 et l'avis de la section des finances du Conseil d'État du 22 janvier 1998 (*Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, 2002, n° 40, p. 413).

294 - « Considérant que la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État (...) les marchés (...) ont le caractère de marché de travaux publics, c'est-à-dire de contrat administratif par détermination de la loi ».

295 - Selon la jurisprudence du Tribunal des conflits (TC, 10 juillet 1956, *Soc. des Steeple-chases de France*, Recueil Lebon, p. 587), « Si l'article 1^{er} du décret du 17 juin 1938 attribue à la juridiction administrative la connaissance de tous "les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination", que ces contrats aient été passés par l'État, les départements, les communes ou par leurs établissements publics ou leurs concessionnaires, ces derniers doivent s'entendre uniquement, pour l'application de ce texte, des concessionnaires de services publics ».

296 - Le Conseil d'État vient de juger qu'avait le caractère de contrat administratif un contrat conclu entre une association gestionnaire d'équipement sportif et une entreprise de sécurité dès lors que l'association a été créée à l'initiative de la commune qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et lui procure l'essentiel de ses ressources (CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, requête n° 281796, AJDA, 2007, p. 915, note J.-D. Dreyfus). Dans un tel cas, cet organisme gestionnaire peut être jugé à son tour transparent et ses contrats de prestation se trouver de ce fait soumis au code des marchés publics (*ibidem*).

297 - CE, 4 mars 1910, *Thérond*, requête n° 29373, rec. p. 193, concl. Pichat ; CE, 6 février 1903, *Terrier*, requête n° 07496, rec. p. 94, concl. Romieu.

298 - Ce critère matériel reconnaît le contrat de droit privé et le code civil comme le standard auquel se référer pour déterminer si l'on est ou non en présence d'un contrat administratif.



Dans les services publics industriels et commerciaux, depuis l'arrêt du Conseil d'État du 26 janvier 1923 *De Robert Lafrégeyre*²⁹⁹ et au vu des évolutions jurisprudentielles postérieures, les agents sont considérés comme de droit privé, à l'exception des directeurs d'établissement et agents comptables³⁰⁰, étant précisé que « seule une disposition édictée ou autorisée par le législateur peut y déroger »³⁰¹ et que le personnel qui, administratif à l'origine, est devenu industriel et commercial peut conserver la qualité d'agent public (CE, Ass., 29 janvier 1965, *L'Herbier*, rec. p. 60).

Pour les agents des services publics administratifs, la qualification du contrat les unissant à leur employeur résulte de la loi ou de l'application des critères jurisprudentiels généraux rappelés ci-dessus.

Organiquement, pour que le contrat d'un agent non titulaire soit reconnu comme administratif, il est nécessaire qu'il soit passé avec une personne publique³⁰². Sauf loi de sens contraire, les agents recrutés par des personnes privées chargées de la gestion d'un service public administratif sont donc normalement des agents de droit privé³⁰³. La loi peut en effet écarter les critères matériels du contrat administratif dégagés par la jurisprudence : les anciens contrats emploi solidarité instaurés par la loi du 19 décembre 1989 ont ainsi été qualifiés de contrats de droit privé³⁰⁴, de même que les emplois jeunes, même si l'employeur est une personne publique gérant un service public à caractère administratif³⁰⁵. La loi peut à l'inverse conférer la qualité de contractuels de droit public à certains agents.

La jurisprudence a ensuite privilégié le critère de la participation au service public en reconnaissant un caractère administratif aux contrats faisant « participer directement à l'exécution du service »³⁰⁶. S'agissant par exemple des personnels contractuels du secteur culturel, le Tribunal des conflits³⁰⁷ a ainsi jugé, à propos des danseuses d'un corps de ballet du théâtre du Capitole à Toulouse, que leur contrat était administratif dès lors que la ville assumait une mission de service public et que les danseuses participaient directement à l'exécution de ce service, solution qui n'a pas été remise en cause depuis³⁰⁸. Cette jurisprudence

299 - GAJA, 16^e édition, n° 39, p. 243. Il retient la compétence du juge administratif en raison de la fonction de direction occupée par le requérant.

300 - CE, Sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, rec. p. 158.

301 - CE, Sect., 15 décembre 1967, *Level*, rec. p. 501.

302 - TC, 3 juin 1996, *Gagnant*, rec. p. 542.

303 - CE, 4 avril 1962, *Chevassier*, rec. p. 244, D 1962.327 concl. Braibant.

304 - TC, 7 juin 1999, *Préfet de l'Essonne*, rec. p. 451. Mais la convention conclue entre l'État et l'employeur en vue de la conclusion d'un contrat emploi solidarité constitue un contrat administratif dont l'interprétation de difficulté sérieuse, relève du juge administratif (Cass. Soc., 27 mars 2008, n° 06-45929).

305 - CE, 3 décembre 2007, *M^{me} Raulin*, requête n° 298501, *AJDA*, 2008, 110. La solution découle directement de l'article L. 322-4-20 du code du travail selon lequel les contrats dits « emploi jeune » conclus en vertu des conventions prévues à l'article L. 322-4-18 de ce code sont des contrats de droit privé.

306 - CE, Sect., 4 juin 1954, *Vingtain et Affortit*.

307 - TC, 15 janvier 1979, *Dames Le Cachey et Guiguère*.

308 - J.-M. Pontier, « Le contentieux administratif des interventions culturelles », *AJDA*, 16 juillet 2007, p. 1391.



a conduit à de nombreuses subtilités (TC, 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand*, rec. p. 792 pour une femme de service considérée comme soumise à un contrat de droit privé lorsqu'elle effectuait le nettoyage de l'école puis à un contrat administratif lorsqu'elle a en outre été chargée de la garderie). L'arrêt du Tribunal des conflits du 25 mars 1996 *Berkani* (rec. p. 536, concl. P. Martin) a mis fin aux distinctions complexes instaurées entre agents participant directement à l'exécution du service et agents n'exerçant que des fonctions accessoires, en posant le principe que les « *personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi* ». Il en résulte depuis lors, sauf dérogation prévue par la loi comme cela a été le cas pour l'ANPE ou l'Agence française pour les investissements internationaux (AFII)³⁰⁹, un bloc de compétence homogène et plus lisible pour tous les intéressés, employeurs et agents.

7.1.2. Des obligations réciproques et un équilibre entre droits et obligations

Un contrat présuppose des engagements réciproques et un certain équilibre entre les droits et les obligations des parties³¹⁰.

Qu'il soit civil ou administratif, il comporte le plus souvent des stipulations relatives au suivi de son exécution et aux sanctions encourues en cas de non-respect des engagements. Or le droit administratif présente de nombreuses situations où des droits sont accordés au cocontractant sans contrepartie en termes d'obligations³¹¹ ou, en sens inverse, où des obligations sont exigées de lui sans aucune contrepartie en termes de droits.

Les critères traditionnellement utilisés pour déterminer si l'on se trouve en pareille hypothèse en présence d'un contrat sont donc à nuancer. Ainsi la transaction fiscale, qui repose sur des concessions réciproques³¹², présente la nature d'un contrat, ce qui n'est pas le cas du rescrit fiscal (cf. annexe 1).

L'objectif ultime du contrat administratif étant d'assurer au mieux l'intérêt général et la bonne exécution du service public, l'administration dispose de quatre pouvoirs spécifiques à l'égard du cocontractant.

309 - L'intervention pointilliste du législateur à l'occasion de la création d'un établissement public diminue cette lisibilité. Ainsi a-t-il été prévu pour l'AFII que cet établissement public industriel et commercial pouvait recruter des agents de droit public.

310 - Le droit civil admet la validité des contrats déséquilibrés, avec comme limite celle de la lésion.

311 - On pourrait ainsi soutenir, par exemple, que les accords collectifs salariaux dans la fonction publique et les entreprises publiques ne comportent aucune contrepartie de la part des organisations syndicales. En effet, si le rapport Toutée d'octobre 1963 avait recommandé que durant l'application des contrats de progrès les accords d'entreprise puissent prévoir qu'« *il ne pourrait être recouru à la grève comme règlement des litiges nés de leur exécution* » (A. de Laubadère, « Le rapport Toutée relatif aux procédures de discussion des salaires dans le secteur public », *AJDA*, 1964, 215), cette recommandation n'a jamais reçu application. Certains considèrent cependant que la signature d'un accord salarial dans la fonction publique vaut caution implicite de la politique économique et sociale du gouvernement (cf. 7.4.2.2).

312 - Documentation pratique Francis Lefebvre, Contentieux, division IX, n° 460 et suiv.



Premièrement, un pouvoir de direction, de contrôle³¹³ et de surveillance qui s'impose directement au cocontractant.

Deuxièmement, le pouvoir d'exiger que le cocontractant continue d'exécuter son contrat en dépit d'événements extérieurs (aléa administratif ou économique) modifiant l'équilibre contractuel, avec toutefois des contreparties financières dans les limites du bouleversement financier du contrat.

Troisièmement, un pouvoir général et permanent de modification unilatérale du contrat ou de résiliation unilatérale.

Quatrièmement, un pouvoir de police ou de sanction exorbitant du droit commun.

Ces deux derniers méritent des développements particuliers.

7.1.2.1. Le pouvoir de modification et de résiliation unilatérale par l'autorité administrative

Si l'article 1134 du code civil dispose que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* », l'administration peut pour sa part modifier et résilier unilatéralement un contrat administratif.

- Le pouvoir général et permanent de modification unilatérale du contrat, prérogative déjà en germe dans l'arrêt *Compagnie nouvelle de gaz de Déville-lès-Rouen* du 10 janvier 1902 (GAJA, 16^e édition, p. 58), est reconnu à l'administration par l'arrêt du Conseil d'État *Compagnie générale française des tramways* du 11 mars 1910 (GAJA, 16^e édition, p. 134). Il trouve sa justification dans la poursuite de l'intérêt public³¹⁴ ou les exigences du service public mais n'est pas sans limite : il doit « *épargner les clauses financières du contrat qui appartiennent au noyau dur contractuel* »³¹⁵. Son usage immodéré peut en outre entraîner la résiliation du contrat à la demande du contractant privé³¹⁶. Et l'administration doit alors intégralement compenser les charges financières en résultant.

Lorsque le contenu d'un contrat est déterminé par voie législative ou réglementaire, l'autorité publique doit d'abord procéder aux modifications des règles générales avant de pouvoir modifier unilatéralement le contrat³¹⁷.

- La puissance publique peut aussi résilier unilatéralement un contrat administratif « *sous réserve des droits à indemnité des intéressés* » (CE, Ass., plénière,

313 - A. Roblot-Troizier, « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA*, septembre-octobre 2007, p. 990. Dans cet article, l'auteur souligne que la jurisprudence n'a jamais rangé ce pouvoir au nombre des règles générales applicables aux contrats administratifs, s'interroge sur son fondement juridique et se demande si ce pouvoir ne découle pas plutôt de l'objet du contrat que de ses stipulations.

314 - CE, 11 juillet 1941, *Hôpital-Hospice de Chauny*, requête n° 60158.

315 - CAA Nantes, 29 juin 2002, *OPAC de Dreux*.

316 - CE, 23 juin 1920, *Briançon*, rec. p. 624.

317 - CE, 6 mai 1985, *Ministre des PTT c/ Ricard*, requête n° 47861.



2 mai 1958, *Distillerie Magnac Laval*, rec. p. 246)³¹⁸. Ce pouvoir discrétionnaire se fonde sur la suprématie conférée à l'intérêt général vis-à-vis des intérêts particuliers et privés³¹⁹ et s'exerce sous trois formes distinctes :

– la résiliation de plein droit qui intervient, par exemple, lorsque l'objet du contrat disparaît ou lorsque des circonstances prévues au contrat se réalisent, notamment en matière de marchés publics ;
– la résiliation aux torts du titulaire du contrat³²⁰ ou résiliation sanction, subordonnée à la faute de l'intéressé et à une mise en demeure préalable assortie de griefs précis³²¹, qui représente la sanction la plus grave frappant le cocontractant ;
– la résiliation pour des motifs ou un but d'intérêt général³²² ; celle-ci a été jugée par le Conseil constitutionnel conforme aux principes applicables aux contrats administratifs³²³. Elle est également admise par le droit européen : appartient « à tout État un pouvoir souverain de modifier, voire de résilier un contrat conclu avec des particuliers »³²⁴. Non subordonnée à la constatation préalable d'une faute du cocontractant, la résiliation entraîne pour l'administration l'obligation d'indemniser intégralement son cocontractant³²⁵. De manière générale, même en l'absence d'accord du cocontractant, l'administration est en droit de lui imposer la résiliation du contrat dans l'intérêt du service³²⁶ et sans qu'il soit besoin de suivre les formes et procédures prévues pour sa passation³²⁷. En contrepartie, le cocontractant dispose de garanties : ses « droits pécuniaires »³²⁸ lui permettent de ne pas subir seul les conséquences financières d'une résiliation anticipée au nom de l'intérêt général (cf. 7.1.2.2).

• Lorsque l'administration use de son pouvoir de résiliation du contrat ou prend une mesure d'exécution du contrat, le juge administratif s'interdit en principe de l'annuler. Il accorde seulement des dommages et intérêts au cocontractant lésé³²⁹. Cette jurisprudence ancienne et constante s'appuie sur deux justifications connues : l'immixtion du juge dans les rapports contractuels serait soit inutile car il intervient souvent trop tardivement, soit dangereuse car troublant la continuité du service public.

318 - Ce pouvoir de modification et de résiliation du contrat est un principe général du droit administratif, qui s'applique même dans le silence du contrat (arrêt *Distillerie de Magnac-Laval* pour la résiliation unilatérale ; 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Recueil Lebon, p. 33 pour la modification unilatérale).

319 - J.-F. Lachaume, H. Pauliat, *Droit administratif*, 2007. À la vérité, le droit civil admet également la résiliation unilatérale du contrat par une partie à ses risques et périls à la condition qu'elle soit justifiée par l'inexécution de son obligation par le débiteur (voir sur ce point 7.3.1 pour l'exception d'inexécution en droit administratif).

320 - CE, 6 octobre 1978, *Gotteland*, requête n° 563.

321 - CE, 26 novembre 1993, *SA du Nouveau Port de Saint-Jean-Cap-Ferrat*, tp. 875.

322 - CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, rec. p. 33.

323 - Cons. Const., décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, rec. p. 36.

324 - CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*.

325 - CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6 et autres*, rec. p. 29.

326 - CE, 9 décembre 1927, *Garguilo*, rec. p. 1198.

327 - CE, Sect., 17 mars 1972, *Dame Figaroli*, rec. p. 224.

328 - R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 1999.

329 - CE, Sect., 24 novembre 1972, *Société ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*, rec. p. 753.



Malgré sa retenue traditionnelle à l'égard de toute immixtion dans la vie et l'exécution du contrat, le juge administratif s'est exceptionnellement reconnu le pouvoir d'annuler des décisions mettant fin à certains contrats. Sont concernés d'une part les contrats de concession de services publics ou de travaux publics, les concessions de mines et, de manière plus générale, les « *contrats de longue durée ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants dont l'amortissement doit être effectué pendant toute la durée de l'exploitation* »³³⁰ tels que le marché d'entreprise de travaux publics. Le sont également les conventions portant sur l'organisation du service (cf. 9.2.3).

7.1.2.2. Le pouvoir de sanction et ses contreparties

- De nature pécuniaire ou coercitive, ce pouvoir permet à la personne publique de sanctionner, même dans le silence du contrat³³¹, son exécution défailante, la sanction ne pouvant intervenir qu'après mise en demeure et respect des droits de la défense. A ce titre, l'administration ne peut pas demander au juge d'infliger une sanction qu'elle peut prendre elle-même³³². Si le contrat a prévu des sanctions pour certains manquements « *on n'y saurait substituer une sanction autre que celles dont les parties sont convenues* » (Romieu). Ainsi, par exemple, l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit-elle que le contrat de partenariat public-privé mentionne les pénalités ou sanctions applicables en cas de retards ou de manquements aux obligations contractuelles³³³. Mais si les sanctions sont inadaptées ou, *a fortiori*, non prévues au contrat, d'autres mesures peuvent être prises par l'administration pour assurer la bonne exécution du contrat dans l'intérêt du service public. Ceci résulte des « *pouvoirs de coercition inhérents à tout contrat passé pour l'exécution du service public* »³³⁴.

- Beaucoup de contrats administratifs étant silencieux sur ce point, la question de la sanction applicable en cas de non-respect du contrat est délicate. C'est en particulier le cas des contrats de programmation de l'action publique (cf. 4). Qualifiés de contrats administratifs par l'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, les « *contrats de plan sont conclus suivant une procédure fixée par décret en Conseil d'État. Ils ne peuvent être résiliés par l'État, avant leur date normale d'expiration, que dans les formes et conditions qu'ils stipulent expressément. Ils sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles* ». Dans son arrêt du 8 janvier 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ CU de Strasbourg et autres*, le Conseil d'État a confirmé la nature contractuelle des contrats de plan État-région : « *ni les*

330 - CE, Sect., 26 novembre 1971, *Soc. SIMA*, rec. p. 723.

331 - CE, 31 mai 1907, *Deplanque c/ Ville de Nouzon*, rec. p. 513, concl. Romieu.

332 - CE, Sect., 27 janvier 1933, *Le Loir*, rec. p. 136.

333 - Selon l'article 28 de cette ordonnance, le titulaire du contrat est tenu de se libérer auprès de la personne publique contractante des dettes dont il peut être redevable à son égard du fait de manquements à ses obligations contractuelles et notamment du fait des pénalités qui ont pu lui être infligées ; l'opposition à l'état exécutoire émis par la personne publique n'a pas d'effet suspensif dans la limite du montant ayant fait l'objet de la garantie au profit du cessionnaire.

334 - CE, 6 mai 1985, *Office public d'HLM d'Avignon c/ M. Guichard et autres*, requête n° 44130, RDP, 1985, p. 1706.

dispositions précitées de la loi du 29 juillet 1982, ni aucune autre disposition législative n'ont entendu conférer à la stipulation dont s'agit du contrat de plan passé entre l'État et la région Alsace une portée autre que celle d'une stipulation contractuelle ». Malgré cette double affirmation, plusieurs commentateurs ont douté de la portée contractuelle des engagements contenus dans un CPER : leur compatibilité problématique avec le principe de l'annualité budgétaire³³⁵, le contenu souvent imprécis des engagements³³⁶ ou le caractère préparatoire du contrat qui requiert des conventions d'application projet par projet. De plus, en 1996 et en 2005, l'État a décidé unilatéralement, devant l'ampleur des retards financiers affectant leur exécution, de reporter d'un an l'application des contrats de plan suivants (cf. 4.1), sans procéder pour autant à la résiliation des contrats en cours selon les formes prévues. Enfin, si le tribunal administratif de Strasbourg avait jugé que les contrats de plan destinés à concrétiser les orientations du plan national présentaient un caractère obligatoire pour l'État, le Conseil d'État a infirmé cette thèse : il a non seulement jugé que tous ces actes pouvaient, comme tout contrat administratif, faire l'objet de modifications unilatérales dans l'intérêt général³³⁷ mais encore ultérieurement qu'« il ressort de l'ensemble des dispositions du chapitre III du titre I^{er} de la loi du 29 juillet 1982 (...) que ce contrat de plan n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit »³³⁸.

Dès lors, la principale sanction pour non-respect du contrat est purement politique ; de surcroît, cette sanction pèse surtout sur les élus locaux. La question de la nature et de l'ampleur de la sanction applicable en cas de méconnaissance d'un

335 - Conformément au deuxième alinéa de l'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 et aux recommandations de la Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (DATAR) puis de la Délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires (DIACT), les contrats comportent généralement une clause stipulant que les engagements de l'État sont conditionnés par l'approbation des lois de finances par le Parlement et ceux de la région par l'approbation du budget annuel par le conseil régional. C'est au vu de cette clause que le tribunal administratif de Montpellier (6 avril 2004, requête n° 99 2968/99 3069) a rejeté la demande de condamnation de l'État à réparer le préjudice né de la non-réalisation de bâtiments universitaires à Montpellier, alors même que la région avait tenu ses propres engagements.

336 - Les contrats d'agglomération semblent se réduire à des programmes politiques, dépourvus de moyens et d'engagements réels. (Rapport du cabinet Acadie pour la Délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires, *Évaluations des contrats d'agglomération*, avril 2006, notamment page 5).

337 - TA Strasbourg, 5 décembre 1985, *Communauté urbaine de Strasbourg*, RFDA, 1986, p. 369, concl. Raymond, note Hubrecht ; CE, Ass., 8 janvier 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, rec. p. 2 ; RFDA, 1988, p. 25, concl. S. Daël, AJDA, 1988, p. 137, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; JCP 1988, II, n° 21084, note R. Drago ; CE, 17 novembre 1995, *Commune de Thézières*. Cette méconnaissance ne peut, selon une jurisprudence traditionnelle, être utilement invoquée par un tiers comme moyen de légalité à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre d'une décision administrative : CE, Ass., 8 janvier 1988, précité.

338 - CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire Écologie*, rec. p. 416, RFDA, 1997, p. 339, concl. J.-H. Stahl et p. 343 note Y. Madiot, Jurisdata n° 051192 ; Ch. Le Noan, *L'ambiguïté persistante des contrats de plan : incertitudes jurisprudentielles ou contradiction législative ?*, Dalloz, 1997, p. 441.



contrat de programme gagnerait par conséquent à être rouverte³³⁹ (cf. 13.2.2.3), sachant que s'il est facile de recenser les dépenses éventuellement engagées en pure perte par une partie dont le projet a été abandonné en cours de route, il est extrêmement difficile de chiffrer le préjudice économique direct résultant pour une région du retard dans la réalisation d'un équipement public³⁴⁰.

Une décision récente du Conseil d'État, qui a retenu la responsabilité de l'État pour non-réalisation d'une ligne de TGV au profit d'une simple modernisation de la ligne ferrée existante³⁴¹, permet d'ores et déjà de remettre en perspective la jurisprudence relative au CPER. Cette décision fait en effet la distinction entre les conventions qui constituent de simples déclarations d'intention et les conventions qui comportent des engagements³⁴². La ligne directrice de la jurisprudence sur les CPER apparaît donc beaucoup plus claire : tout dépend de la précision des clauses du contrat et de la présence d'engagements. Dans les affaires précédentes, le CPER ne comportait que des déclarations d'intention, qui nécessitaient des conventions particulières d'application projet par projet. Dans l'affaire *Région du Limousin*, de véritables engagements avaient été pris dans des conventions d'application d'un CPER portant sur un projet précis. Si l'arrêt mentionne à nouveau sans surprise que l'État peut modifier ou mettre fin unilatéralement à ces conventions pour un motif d'intérêt général (cf. 7.1.2.1), il rappelle aussi que les cocontractants sont en droit d'obtenir de lui réparation du préjudice dès lors que le contrat n'y fait pas obstacle. Le Conseil d'État a indemnisé au cas particulier le préjudice direct et certain, c'est-à-dire essentiellement les dépenses d'études et de contrôle externe, mais écarté tout préjudice lié au manque à gagner et d'image.

- Tous les actes dénommés « contrat » en droit administratif n'ayant pas la valeur juridique d'un contrat au sens que lui donnent la jurisprudence et la doctrine, la question de la vérification de leur exécution et de la sanction de leur non-respect fait parfois appel à des procédures originales et inventives de suivi et d'évaluation, en concertation avec les intéressés.

339 - Elle est d'application large et concerne tous les contrats de programmation de l'action publique, par exemple les contrats d'établissement de l'enseignement supérieur (cf. 5.1.2) qui peuvent être remis en cause à tout moment par l'État, ou les contrats d'objectifs et de moyens.

340 - Les contrats de plan étant réalisés à environ 80 %, chacun vit sur l'idée que ce taux d'exécution est convenable, même s'il s'écarte de la prévision contractuelle. Le débat est compliqué par le processus de négociation lui-même (cf. 7.2.1 et 12.1.2) : tandis que l'État se fixe initialement une enveloppe budgétaire à ne pas dépasser, les négociations avec les régions aboutissent à augmenter l'enveloppe au-delà des prévisions initiales si bien que l'État doit ensuite rattraper cet écart inflationniste en gestion et allonger la durée d'exécution du contrat pour tenir dans les limites de son épure budgétaire.

341 - CE, 21 décembre 2007, *Région du Limousin*, requête n° 293260 à 293263, *AJDA*, 2008, p. 481, note J.-D. Dreyfus.

342 - Une autre décision récente (CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie*, requête n° 290259 et 290260) juge qu'une cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en qualifiant de contrat particulier au sens de l'article 11 de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification un protocole d'accord et une charte pour la réalisation du programme d'aménagement hydraulique de la Loire et de ses affluents. Le Conseil d'État y a confirmé la condamnation de l'État pour non-respect des obligations découlant de ces contrats particuliers, avec un raisonnement intéressant sur le calcul du préjudice.



Par exemple, la très longue durée de transposition des accords collectifs dans la fonction publique justifie l'existence de comités de suivi des accords qui, entre autres fonctions, ont pour vertu d'institutionnaliser la pression que l'employeur s'impose pour assurer le respect d'accords dépourvus en eux-mêmes de toute valeur juridique (cf. 9.3.1). Les accords Durafour de 1990 (cf. 1.3.1) ont ainsi prévu une commission de suivi qui s'est réunie tous les semestres pour assurer le respect des échéances prévues et préciser les mesures d'application du protocole. Cette technique éprouvée fait que tous les accords signés ont été pleinement respectés par l'État employeur, à l'exception de l'accord salarial du 10 mars 1982, suspendu à l'été 1982, comme tous les autres accords collectifs, dans le cadre d'un blocage des prix et des salaires.

Dans le même ordre d'idées, l'évaluation des COG (cf. 2.2.3) a été confiée pour chaque branche de la sécurité sociale à des conseils de surveillance où siègent des parlementaires. Ces conseils remettent un avis au Parlement sur la mise en œuvre de ces conventions³⁴³.

De même, pour évaluer dans la durée les résultats des contrats d'objectifs et de moyens conclus au sein de la juridiction administrative (cf. 1.4.3), un mécanisme de suivi annuel a été mis en place : chaque année, le conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel (CSTACAA) a tenu une séance spéciale pour faire le point sur l'exécution des contrats d'objectifs avec les juridictions concernées. L'examen par les pairs et la sanction morale ont ainsi suppléé à l'absence de sanction juridique attachée au contrat.

La palette des sanctions est cependant plus large encore que ces mécanismes de suivi et d'évaluation. S'y ajoutent la publicité donnée au non-respect du contrat et les campagnes d'opinion qui s'ensuivent. Par exemple, devant l'inexécution des contrats de plan, plusieurs députés ont déposé à l'Assemblée nationale une proposition de loi (n°630 du 13 février 2003) tendant à la «sécurisation des contrats de plan État-régions».

S'agissant des «contrats» conclus à l'intérieur d'une même personne publique, en particulier des contrats d'objectifs et de moyens (cf. 1.4.2), l'administration dispose aussi du recours à l'arsenal classique des récompenses et sanctions : l'octroi de primes de performance ou d'avantages de carrière à ceux qui atteignent leurs objectifs, la sanction disciplinaire pour ceux qui sont loin de les atteindre, l'octroi d'une autonomie de gestion plus grande aux services ou aux agents prouvant qu'ils sont capables d'honorer leur contrat d'objectifs...

Une des originalités du contrat administratif tient en partie, au moins pour les «faux contrats» (cf. 7.4.1.1) mais pas seulement pour eux, à cette capacité que démontre l'administration d'élaborer des mécanismes particuliers pour faire produire un effet à ses engagements. En d'autres termes, un «contrat» administratif n'aurait pas toujours besoin de sanction juridique pour produire des effets. Et les procédés de l'administration consultative, qui caractérisent l'acte unilatéral, sont souvent mobilisés à cet effet, perturbant un peu plus les catégories juridiques usuelles.

343 - Malgré ou en raison de cette procédure de suivi, beaucoup doutent de la nature contractuelle de ces conventions, en l'absence de véritable sanction.



Mais il reste des domaines où les contrats administratifs demeurent dépourvus de toute sanction. Les spécialistes du droit conventionnel liant la sécurité sociale aux professions médicales (cf. 2.2.1) soulignent ainsi l'échec de la tentative de réguler la dépense médicale de ville par voie conventionnelle, alors que ce système a fonctionné pour les laboratoires et les infirmières par exemple. De très nombreux dispositifs ont pourtant été imaginés au cours du temps³⁴⁴. Aucun d'eux n'a répondu aux attentes depuis 1971.

- En contrepartie des quatre prérogatives qu'elle détient (cf. 7.1.2), notamment le pouvoir de résiliation unilatérale (CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit Foncier de France*, rec. p. 141)³⁴⁵, l'administration supporte une obligation financière à l'égard du cocontractant : le respect de l'équilibre financier du contrat et son rétablissement lorsqu'il est rompu. L'obligation d'indemniser le cocontractant est mise en jeu dans deux hypothèses : lorsqu'une situation nouvelle est créée par la personne publique (sujétions imprévues et fait du prince) ou lorsque cette situation lui est imposée de l'extérieur (imprévision), cette dernière théorie étant écartée en droit privé (Cour de cassation, 6 mars 1876, *Canal de Craponne* ; articles 1134 et 1135 du code civil)³⁴⁶. L'octroi d'une contrepartie financière ne peut en revanche jouer en cas d'aléa inhérent à l'objet ou à la nature du contrat, de mauvaise appréciation des données, de faute du contractant, d'initiative non sollicitée ou encore de situation de force majeure, qui par nature éteint le lien contractuel.

Le déséquilibre entre droits et obligations des parties dont est empreint le régime juridique des contrats administratifs pourrait bien, à l'examen, se révéler moins dérogatoire qu'il ne semble à première vue au droit des contrats en général (cf. 1.2.1 et 9.2.1). Le contrat administratif apparaît comme ne différant pas fon-

344 - Sanctions contre les praticiens ayant un comportement anormal au regard des « profils médicaux » (1971) ; fixation d'objectifs annuels de dépenses compatibles avec les recettes de l'assurance maladie (1980) ; maîtrise concertée de l'évolution des dépenses de santé et meilleur usage du système de santé en formant à cet effet les praticiens et en introduisant une procédure de mise « hors convention » (1985) ; détermination de références médicales nationales d'évolution, qui n'ont pas pu voir le jour, les médecins ayant souvent refusé de participer aux commissions qui devaient les établir au plan départemental (1990) ; fixation d'objectifs prévisionnels annuels quantifiés pour les honoraires et les prescriptions, fixation de normes de qualité et rénovation du système de sanctions en cas de non-respect des objectifs quantifiés (1993), l'échec de ce nouveau système ayant conduit les caisses à dénoncer la convention en 1996 ; institution du médecin référent et définition de références professionnelles et de leur sanction (1997) ; redéfinition des sanctions (2005).

345 - R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 1999.

346 - Cette spécificité du contrat administratif pourrait donner un avantage compétitif à la France dans la compétition internationale. En effet, elle a pour effet d'éliminer pour le cocontractant une partie de l'aléa économique et financier, ce qui devrait favoriser la valorisation des contrats de longue durée comme les concessions, les DSP ou les contrats de partenariat et la création d'un marché secondaire de ces contrats. Mais ceci suppose d'assouplir légèrement les conditions de cession des autorisations (cf. 13.4.7), contraintes par la règle de l'*intuitus personae*, et d'améliorer la transparence sur les tarifs et leur comparaison (cf. 12.2.4) de manière à attirer des investisseurs de long terme sur le refinancement de projet, tels les fonds de pension.



damentalement du contrat civil sur ce point. Il n'est d'ailleurs pas impossible d'assister dans un futur proche à une convergence entre les deux contrats³⁴⁷.

7.2. Les spécificités formelles du contrat administratif

Plusieurs traits autres que ceux déjà mentionnés³⁴⁸ singularisent le contrat administratif par rapport au contrat civil : sa conclusion est souvent encadrée par des règles de forme tenant d'une part à la complexité de l'organisation des personnes morales de droit public, d'autre part aux contraintes de transparence et de concurrence. Il n'en a pas toujours été ainsi, au moins sur le second terrain, ce qui différenciait nettement le contrat administratif de l'acte administratif unilatéral, dont l'intervention est de longue date codifiée ou enserrée dans un formalisme étroit (concertation ou consultation préalable, forme et rédaction, qualité du signataire, publication...).

7.2.1. La négociation du contrat

- Une différence théorique entre l'acte unilatéral et le contrat tient à ce que le premier est au mieux soumis à une simple concertation en amont de son intervention, concertation dont le résultat ne lie pas au demeurant l'auteur de l'acte hormis l'hypothèse de compétence liée, tandis que le second résulte d'une négociation qui fait du cocontractant un coauteur de l'acte. L'existence d'une véritable négociation en amont de l'acte constitue ainsi l'un des indices permettant normalement d'identifier la présence d'un contrat. Cette négociation, phase essentielle, permet aux parties, par un jeu de concessions et d'engagements successifs, de déboucher ou non sur un accord. Comme elle se prête à toutes les manœuvres, la négociation repose sur le présupposé de la bonne foi.

Mais ce trait distinctif entre acte administratif unilatéral et contrat ne se vérifie pas toujours. Car s'il existe des domaines où la négociation est très approfondie, celui de la délégation de service public par exemple, il en existe aussi où les termes des contrats administratifs ne sont pas négociés et ne peuvent légalement l'être par le cocontractant. Les marchés publics, hormis dans le cadre de deux procédures, ne donnent ainsi pas lieu à une négociation : une fois son offre formalisée, le soumissionnaire en est prisonnier et ne peut plus négocier avec l'administration³⁴⁹.

347 - En effet, les travaux européens sur le droit des contrats (cf. 10.1.1.2 et annexe 2) ont retenu des notions telles que la résiliation unilatérale du contrat sans recourir au juge ou la résiliation anticipée, la reconnaissance au juge d'un pouvoir de réfection du contrat, l'imprévision... Parallèlement l'avant-projet de loi élaboré en 2005 par la commission Catala propose d'assouplir le droit des contrats civils en permettant la prise en compte du changement de circonstances pour inciter une partie à accepter une modification du contrat (articles 1135-2 et suivants). Il est de même envisagé de consacrer la théorie de l'imprévision en droit civil.

348 - Une autre singularité est abordée plus loin : certains champs sont interdits au contrat administratif (cf. 10.2.2).

349 - Il s'agit surtout de ne pas offrir de prise aux phénomènes de corruption et au délit de favoritisme. Le juge pénal est devenu, à ce titre, l'un des juges de la légalité des procédures contractuelles.



La pratique administrative ou politique se charge aussi de brouiller la frontière théorique entre concertation et négociation. Ainsi le contrat territorial d'exploitation (CTE), qui est un contrat administratif, est instruit comme l'est une demande débouchant sur un acte unilatéral (cf. 7.4.1.4.1). L'agriculteur dépose son dossier de demande, qui est soumis pour avis à la commission départementale d'orientation agricole, puis le préfet se prononce sur la demande au vu de cet avis. L'agriculteur est alors seulement invité à signer son contrat : la négociation a été purement et simplement éliminée, ce qui pourrait faire douter de l'existence d'un contrat par détermination de la loi si la doctrine n'avait pas inventé la catégorie du contrat d'adhésion (cf. 7.4.1.4.2).

De même, en matière sociale, on glisse facilement de la concertation à la négociation. La réforme des retraites de 2003 a débuté par une concertation, avant de prendre à un moment donné le virage de la négociation. La concertation peut en effet faire apparaître qu'un interlocuteur devient disposé, à un moment donné, à s'engager : on ne peut pas écarter cette éventualité au prétexte que l'on aurait suivi la mauvaise procédure. Un certain flou, inévitable, demeure donc entre concertation et négociation en amont de l'élaboration de la norme juridique, acte unilatéral ou contrat, qui conduit à ne pas enfermer la concertation-négociation dans une procédure trop rigide.

- Bien que peu d'informations soient disponibles sur le sujet, la négociation des contrats administratifs donne souvent lieu à l'élaboration de documents précontractuels (études préalables, définition du besoin, document ou lettre d'intention, concours d'idées, précontrat...), dont la nature et le volume varient selon la complexité de la prise de décision par les personnes publiques et la taille des projets. Si le code civil ignore la période précontractuelle et si le droit administratif et la doctrine ne s'intéressent guère à cette phase, il n'en va pas de même pour « les principes du droit européen du contrat » qui ont pleinement reconnu toute sa place à l'amont du contrat (cf. 10.1.1.2).

- Un bon exemple de l'exigence accrue de formalisme dans la préparation du contrat est fourni par le contrat de partenariat (cf. 1.2.2). Les étapes antérieures à la conclusion de ce contrat sont, en effet, ressenties comme lourdes et cette lourdeur expliquerait, pour certains, le faible succès initial de la formule.

Le recours au contrat de partenariat doit en effet être justifié par des considérations d'urgence ou de complexité propres à chaque projet, ainsi que par une étude économique démontrant sa supériorité sur les autres formes d'association du secteur privé.

La décision du Conseil constitutionnel relative à la loi d'habilitation préalable à l'ordonnance du 17 juin 2004 souligne en effet que le recours au contrat de partenariat (qualifié de « dérogation ») doit être justifié par un motif d'intérêt général lié soit à l'urgence soit à la complexité du projet, chacun d'eux devant être apprécié objectivement³⁵⁰. Pour le Conseil, l'urgence « s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable³⁵¹ » tandis que la complexité correspond à la « nécessité de tenir compte des

350 - Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

351 - Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004.



caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé». Les partenaires privés de l'administration, soulignant l'insécurité juridique qui découle de conditions aussi restrictivement interprétées³⁵², voudraient voir prévaloir une lecture économique plus souple de ces conditions d'urgence et de complexité.

Pour eux, la réalisation de tout ouvrage public créateur de bénéfices socio-économiques est par définition urgente et la décision publique se justifie par la recherche d'une utilité socio-économique sous contrainte financière. Le raccourcissement du délai de réalisation ainsi que la réduction des coûts liés à la globalisation des phases successives d'un même projet (conception et exploitation) devraient, quand il s'agit de contribuer à l'enrichissement national par le biais d'une construction publique, être considérés comme urgents au sens économique. Ce n'est pourtant pas l'esprit de l'ordonnance qui requiert une urgence objective ne résultant *a priori* pas du fait de l'administration. Dans une décision du 29 octobre 2004³⁵³, rejetant les recours dirigés contre l'ordonnance du 17 juin 2004, le Conseil d'État précise en effet « *qu'il résulte des termes mêmes de la décision [du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel] que, sous réserve qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat* ».

La complexité serait également pour les mêmes partenaires une notion nécessairement relative : selon leur taille, les collectivités territoriales ne disposent pas de tous les services techniques nécessaires pour concevoir puis réaliser des projets, même de petite envergure comme la construction d'infrastructures scolaires. Selon le Conseil constitutionnel pourtant, la condition relative à la complexité n'est remplie que lorsque « *la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet*³⁵⁴ ». Il ne s'agit donc pas d'une impossibilité subjective, « *liée à des carences du pouvoir adjudicateur lui-même*³⁵⁵ », mais d'une impossibilité objective, liée à la spécificité du projet, et justifiant le recours à la procédure de dialogue compétitif. Dans la plupart des cas, la complexité d'un projet est en fait liée à la difficulté que rencontre la collectivité d'évaluer préalablement l'ensemble des coûts nécessaires à la mise en œuvre et à la gestion d'un ouvrage³⁵⁶.

352 - Ces critiques doivent être relativisées car la complexité est une notion bien délimitée par le droit communautaire, qui est une condition légale pour pouvoir recourir au dialogue compétitif.

353 - CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, rec. p. 394, avec concl. D. Casas.

354 - Cons. const., décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, considérant n° 18, relative à la « loi de simplification du droit ».

355 - Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, *Les contrats de partenariat, principes et méthodes*, Guide pratique, 2005, p. 14.

356 - La réduction de cette complexité passe souvent par la prise en compte de l'ensemble des coûts liés aux différentes phases du projet. Le partenaire privé peut alors faire émerger des solutions financières *ad hoc*.



La procédure préalable à la conclusion du contrat de partenariat a donc été conçue pour permettre de vérifier que l'une ou l'autre des deux conditions objectives sont effectivement remplies dans chaque cas³⁵⁷. Elle comporte à cet effet deux temps, l'évaluation préalable puis, selon le cas, le dialogue compétitif si le projet est complexe, l'appel d'offres restreint si le montant du contrat est supérieur aux seuils communautaires ou la procédure négociée lorsque ce montant est inférieur aux seuils (cf. 7.4.1.5).

L'évaluation préalable, qui constitue une garantie du caractère sérieux du projet, doit répondre à deux exigences. Avec le soutien d'un organisme expert, elle doit d'une part établir l'existence d'un motif d'intérêt général justifiant le recours au contrat de partenariat pour la réalisation d'un projet, d'autre part faire apparaître les mérites respectifs en termes de coût ou de performance des différentes options de passation de la commande publique³⁵⁸. L'analyse comparative des coûts, de la performance et du partage des risques permet de faire pleinement jouer ensuite le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse et celui du moins-disant.

La complexité étant le point de passage obligé pour pouvoir recourir au dialogue compétitif selon les directives communautaires de 2004³⁵⁹, ce dialogue permet à la personne publique de définir, de manière souple, avec chacun des candidats, les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre au programme fonctionnel défini par elle.

Pour faciliter le recours au contrat de partenariat et faire en sorte que celui-ci puisse occuper une place plus importante dans la commande publique³⁶⁰, le Gouvernement a souhaité refondre l'ordonnance du 17 juin 2004.

357 - Cette procédure empêche aussi d'utiliser le contrat de partenariat comme moyen de contournement de la réglementation des marchés publics.

358 - L'évaluation est définie comme suit par l'article 2 de l'ordonnance :

« Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation :

– montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;

– expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct ».

359 - La procédure s'inspire de l'article 29 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 détaillant la procédure de dialogue compétitif. Cet article dispose que *« lorsqu'un marché est particulièrement complexe, les États membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif conformément au présent article ».*

360 - Le projet de loi élaboré par le Gouvernement prévoit d'ajouter aux deux conditions de complexité et d'urgence une condition d'efficacité économique et financière au regard des autres outils de la commande publique et d'ouvrir jusqu'à fin 2012 ce type de contrat aux secteurs de l'action publique présentant un besoin immédiat d'investissement.

7.2.2. La passation du contrat

La distinction procédurale entre l'acte unilatéral et le contrat tend à s'atténuer de nos jours car le formalisme imposé pour la passation du contrat s'accroît, en particulier sous l'influence de la construction européenne³⁶¹ (cf. 10.1.1.3 et 13.3), qui a notamment introduit une obligation de publicité pour les concessions de travaux³⁶².

Si le principe de *l'intuitus personae* a longtemps autorisé, hormis en matière de marchés publics, une très grande liberté de l'autorité publique dans le choix du contractant³⁶³, notamment du concessionnaire³⁶⁴ ou du délégataire de la gestion du service public, il est davantage limité aujourd'hui par l'exigence d'une mise en concurrence en amont de ce choix.

La loi nationale ajoute sans cesse des exigences nouvelles : la loi du 29 janvier 1993 dite loi Sapin a institué, en réaction à des actes de corruption ayant entaché la passation de contrats publics ou privés, dont des contrats de concession, et dans un souci de transparence³⁶⁵, une procédure beaucoup plus rigoureuse que par le passé pour la conclusion de contrats de délégation de service public³⁶⁶. De même la loi du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF, a alourdi la procédure de passation des DSP en y ajoutant l'obligation de constituer une liste des candidats admis à présenter une offre au vu des garanties présentées et confié le choix du délégataire à une commission émanant de l'assemblée délibérante³⁶⁷. Bref, même si le choix du cocontractant demeure libre dans des secteurs entiers où il est fréquemment fait usage du contrat, comme le recrutement des agents ou la désignation des attributaires de subventions, la sélection des titulaires de commandes publiques tend à devenir de plus en plus formalisée³⁶⁸. Le juge vérifie si la procédure suivie a été régulière, par exemple s'il fallait recourir à une procédure formelle de DSP³⁶⁹.

361 - M. Ricci, *Dr. Adm.*, 2006.

362 - Article 11 de la loi du 3 janvier 1991 et décret du 31 mars 1992.

363 - CE, Sect., 4 février 1955, *Ville de Saverne*, rec. p. 73.

364 - CE, 17 décembre 1986, *Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers*, tp. 607 aux conclusions contraires de M. Fornacciari, *RFDA*, 1987, p. 19.

365 - « Le développement de la transparence dans l'activité administrative », in Rapport public du Conseil d'État, 1995, *Considérations générales. La transparence et le secret*, EDCE n° 47, p. 33 et p. 145, La Documentation française.

366 - La complexité de ce texte a conduit le Gouvernement à consulter le Conseil d'État à de très nombreuses reprises sur son champ d'application (avis d'Assemblée générale du 9 mars 1995, Rapport public 1995, p. 399 sur les conventions passées avec les transporteurs parisiens en cas d'inscription au plan de transport ; avis de la section de l'intérieur du 4 avril 1995, Rapport public 1995, p. 414 sur les concessions de service public concernant les casinos ; avis d'Assemblée générale du 28 septembre 1995, Rapport public 1995, p. 402 sur les concessions de transport et de distribution de gaz et sur les concessions d'énergie hydraulique, etc.).

367 - Sur l'application de ces nouvelles dispositions, voir CE, 30 juin 1999, *SMITOM du Centre-ouest seine-et-marnais*, rec. p. 229 ; CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, rec. p. 369.

368 - C. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694.

369 - CE, 5 octobre 2007, *Soc. UGC-Ciné-Cité*, *AJDA*, 2007, p. 2260, note J.-D. Dreyfus.



S'il n'a longtemps pas existé en droit national de principe général obligeant les collectivités publiques à recourir à la concurrence pour la passation de leurs contrats échappant au champ d'application du code des marchés publics (CE, Sect., 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, rec. p. 326, *RFDA*, 1985, p. 13 concl. M. Dandelot)³⁷⁰, il arrivait qu'un texte l'imposât, comme pour les marchés publics³⁷¹ ou pour les marchés visés par l'ordonnance du 6 juin 2005. Désormais les jurisprudences constitutionnelle (cf. 10.1.2.2) et communautaire conduisent à réserver une place croissante au respect des règles de concurrence dans la commande publique (cf. 10.2.5)

La passation des marchés publics est depuis longtemps emblématique des particularités procédurales propres au contrat administratif et de la limitation des pouvoirs d'adjudication du cocontractant public³⁷². Les marchés sont en effet soumis à des règles de transparence, à des obligations, garantes des exigences communautaires (cf. 10.1.1.3) et constitutionnelles, et aux principes de concurrence, d'égalité d'accès à la commande publique et de neutralité à l'égard des différents candidats. Le nouveau code des marchés publics³⁷³ continuant en outre à imposer la définition préalable des besoins (article 5), la publicité et la mise en concurrence, ainsi que de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (article 53), l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics demeurent aussi des obligations essentielles pour le pouvoir adjudicateur.

- Devenu un instrument de modernisation de la gestion publique, le droit des marchés publics tend actuellement à diversifier les règles de la commande publique tout en centralisant la décision et en cherchant à responsabiliser davantage les acheteurs³⁷⁴. La diversité des procédures auxquelles les personnes publiques peuvent recourir pour satisfaire leurs besoins ne cesse de s'accroître³⁷⁵. On assiste ainsi à l'utilisation croissante de la procédure négociée qui permet, sous certaines conditions de seuil, de faire appel à des compétences particulières à

370 - Cette jurisprudence est largement caduque au regard des directives et de la jurisprudence européenne qui imposent désormais des règles minimales de transparence (cf. 10.1.1.3).

371 - CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres*, rec. p. 71, *AJDA*, 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus.

372 - Ce code étant supposé contenir uniquement des règles de procédure, son édiction relève en ce qui concerne l'État du pouvoir réglementaire selon une jurisprudence constante du Conseil d'État et non du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution, solution contestée par une partie de la doctrine (Y. Gaudemet, *Le contrat administratif, un contrat hors la loi*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17, p. 91). Pour les collectivités locales, la matière est normalement législative mais la jurisprudence du Conseil d'État considère que la matière est restée réglementaire par l'effet d'un décret du 12 novembre 1938, pris sur le fondement de la loi d'habilitation du 5 octobre 1938.

373 - Code annexé au décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006.

374 - Par exemple, les spécifications techniques peuvent désormais être définies par des performances à atteindre.

375 - Par exemple, la procédure adaptée (articles 28 et 30 du CMP) permet au pouvoir adjudicateur de déterminer librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en tenant compte des enjeux du contrat, c'est-à-dire de son montant, de son objet, de ses conditions de passation et de la réalité de la concurrence entre les opérateurs intéressés (CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, rec. p. 423, *AJDA*, 2005, p. 2128, note J.-D. Dreyfus).



un coût raisonnable au terme de négociations avec les opérateurs économiques, ou encore au développement de procédures entièrement électroniques comme le système d'acquisition dynamique (cf. 7.4.1.5).

7.2.3. Entre passation et signature : le référé précontractuel

Le référé précontractuel est une procédure particulière et efficace par laquelle le juge administratif statue en urgence, c'est-à-dire en principe en moins de vingt jours, sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables à la passation de marchés conclus en vertu du CMP, de délégations de service public, de contrats de partenariat, de baux emphytéotiques hospitaliers et de contrats administratifs conclus en application de l'ordonnance du 6 juin 2005³⁷⁶. Sa mise en place découle des exigences du droit communautaire et contribue, plus largement, à faire prévaloir le principe de légalité.

• Le référé précontractuel résulte de la transposition des directives communautaires 89/665/CEE « *Recours/Marchés publics dans les secteurs classiques* » du 21 décembre 1989 et 92/13/CEE « *Recours/Marchés publics dans les secteurs des réseaux* » du 25 février 1992. Introduit aux articles L. 22 et L. 23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel³⁷⁷, il a été repris aux articles L. 555-1 et L. 555-2 du code de justice administrative à la suite de la réforme du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. Les directives communautaires dont il est issu visent à introduire « *des recours efficaces et aussi rapides que possible* » afin de corriger la violation des règles de publicité et de mise en concurrence et de prévenir l'apparition d'autres illégalités. Elles exigent également que le juge soit doté du pouvoir d'annuler les décisions illégales et de faire indemniser les personnes lésées par une telle violation. À ce titre, la Commission européenne peut d'ailleurs notifier à tout État membre « *les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'espace économique européen a été commise* ». À la suite de cette notification, l'État, même s'il n'est pas lui-même partie au contrat, est habilité à agir devant le juge des référés précontractuels³⁷⁸.

Le contrôle exercé au titre du référé précontractuel tendant au respect des obligations de concurrence et, plus généralement, à la prévention de la corruption³⁷⁹, il participe du contrôle de légalité exercé par l'État sur les actes des collectivités publiques. En témoigne la possibilité pour le préfet de saisir le juge en cas de doute sur la régularité des opérations de passation d'un contrat par une collectivité territoriale.

376 - Il est l'une des quatre voies de recours ouvertes contre le contrat, avec le référé-suspension de l'article L. 521-1 du CJA, le recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable autorisant sa conclusion et le recours direct contre le contrat ouvert aux concurrents évincés par l'arrêt *Tropic Travaux signalisation* de juillet 2007 (cf. 9.4).

377 - Loi du 4 janvier 1992.

378 - La Commission ne semble jamais avoir fait usage de ce pouvoir de notification à l'égard de la France.

379 - S. Lagumina et É. Philippe, « Le référé précontractuel : bilan et perspectives », *AJDA*, 20 avril 2000, n° 4, p. 284.



• Encore expérimental dans les années 1990, le référé précontractuel a connu depuis lors un grand développement³⁸⁰, à mesure que la jurisprudence en a dessiné les contours. Il a aujourd'hui pleinement trouvé sa place dans le droit général des contrats, les entreprises lésées y ayant recours en nombre croissant tandis que les collectivités publiques en appréhendent l'utilisation³⁸¹.

En vertu de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à saisir le juge sont celles qui sont « susceptibles d'être lésées par le manquement ». L'intérêt conférant qualité pour agir est reconnu à toute personne ayant vocation à être partie au contrat³⁸². Ainsi, un ordre professionnel agissant dans le but de défendre un de ses membres n'est pas recevable à saisir le président du tribunal administratif³⁸³.

Si le préfet peut prendre l'initiative d'un référé précontractuel, il le fait rarement ; ceci s'explique par le déroulement de la procédure : le plus souvent, le préfet n'a pas connaissance en temps utile de la délibération de la collectivité territoriale autorisant la passation d'un contrat et *a fortiori* du projet de contrat. L'absence d'utilisation du référé précontractuel n'excluant pas un éventuel déferé préfectoral³⁸⁴, les préfets privilégient de fait le déferé par rapport au référé précontractuel³⁸⁵.

L'article L. 551-1 du code de justice administrative investit le juge des référés – le président du tribunal administratif ou un magistrat désigné par lui – de larges pouvoirs, exercés sous le contrôle de cassation du Conseil d'État³⁸⁶. L'importance de ces pouvoirs est à la mesure des enjeux : certains contrats portent sur des sommes importantes, tels les contrats de concessions autoroutières ; d'autres doivent être exécutés dans des délais courts afin de ne pas être vidés de leur substance. La procédure permet de bloquer la conclusion illégale d'un

380 - Malheureusement, l'outil de gestion de la juridiction administrative n'a pas prévu d'isoler le référé précontractuel parmi tous les autres référés. Il est donc impossible, en l'état actuel des choses, de rendre compte du développement quantitatif de ce contentieux.

381 - Le juge administratif applique en effet à la lettre les dispositions formelles des directives et règlements communautaires. Ainsi le Conseil d'État a-t-il confirmé l'annulation d'une procédure de passation d'un marché au motif que l'avis publié ne mentionnait pas le « délai minimum pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre » alors que l'information nécessaire figurait dans le règlement de la consultation (CE, 15 juin 2007, *Ministre de la défense*, requête n° 300097).

382 - Ce sont donc les entreprises qui ont été candidates à l'attribution du contrat et qui en ont été évincées ou celles qui n'ont pas pu l'être. Une entreprise évincée peut ainsi se borner à critiquer l'admission d'une entreprise à présenter une offre concurrente (CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, Recueil Lebon, p. 422, pour une DSP).

383 - CE, 16 décembre 1996, *Conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique*, Recueil Lebon, p. 493.

384 - CE, 14 janvier 1998, *Conseil régional de la région Centre*, Recueil Lebon, p. 7.

385 - Il serait plus conforme aux principes de légalité et de sécurité juridique d'encourager les préfets à faire un usage plus fréquent du référé précontractuel de manière à limiter le nombre des annulations ou condamnations postérieures à la passation du contrat.

386 - Le juge peut ainsi contrôler le bien-fondé des motifs par lesquels une commission d'appel d'offres écarte une candidature qui ne présente pas les garanties techniques et financières suffisantes (CE, *Soc. Abraham Bâtiment Travaux publics et Collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, requête n° 286443).



contrat en agissant avec rapidité en amont de sa conclusion. En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, le juge peut ainsi ordonner à la personne publique de se conformer à ses obligations, suspendre la passation du contrat ou de toute décision s'y rapportant³⁸⁷, annuler ces décisions ou encore supprimer certaines clauses ou prescriptions appelées à figurer dans le contrat. Le Conseil d'État a en outre estimé que le juge du référé précontractuel pouvait annuler la procédure de passation d'une délégation de service public même s'il n'avait pas été saisi de conclusions en ce sens par un requérant qui s'était borné à en demander la suspension³⁸⁸. Ce juge peut donc statuer *ultra petita*³⁸⁹.

Le plus fréquemment, les obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles d'être méconnues sont celles prévues par le code des marchés publics et par la loi régissant les délégations de service public. Peuvent aussi être invoqués des textes dont la portée est plus limitée, comme l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ultérieurement codifiée au livre IV du code de commerce. Dans la décision de section du 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, le Conseil d'État a sanctionné sur ce fondement la définition, dans l'avis d'appel d'offres, de spécifications techniques réduisant *de facto* la variété des produits y répondant et entravant ainsi la mise en concurrence lors de la passation du contrat. Si le juge du référé précontractuel peut censurer la violation de cette ordonnance, son examen ne porte que sur le respect de l'obligation de publicité et de mise en concurrence par le pouvoir adjudicateur à l'exclusion de toute appréciation sur le fond de ce droit³⁹⁰.

Ce contrôle *a priori* du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence entraîne une intervention directe du juge dans la procédure administrative précontractuelle. Conséquence de l'ampleur de ses pouvoirs, le juge, qui tranche une question sur le fond, doit statuer au terme d'une audience publique³⁹¹. En outre, dès que le contrat litigieux a été signé³⁹² le juge des référés ne peut

387 - La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives a précisé que le juge disposait, dès sa saisine, de la possibilité d'enjoindre à l'administration « de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure, et pour une durée maximale de vingt jours ».

388 - CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, AJDA, 2006, p. 2340 concl. D. Casas.

389 - CE, 15 décembre 2006, *Soc. Corsica Ferries*, requête n° 298618.

390 - CE, 2 juillet 1999, *SA Bouygues et autres*, Recueil Lebon, p. 265 ; CE, 24 octobre 2001, *Collectivité territoriale de Corse et OTC*, Recueil Lebon, p. 485 ; CE, 5 juin 2007, *Soc. Corsica Ferries c/ Collectivité territoriale de Corse*, requête n° 305280 où il est jugé que « La méconnaissance éventuelle des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce n'est pas au nombre des manquements dont peut être saisi le juge des référés précontractuels ».

391 - CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, Recueil Lebon, p. 300.

392 - Le référé est donc jugé irrecevable si la signature du contrat précède la saisine du juge (CE, Sect., *Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, Recueil Lebon, p. 394, RFDA, 1995, p. 1077, concl. C. Chantepy ; CE, 7 mars 2005, *Soc. Grandjouan-Saco*, Recueil Lebon, p. 96) ou débouche sur un non-lieu à statuer si la signature intervient en cours d'instance (CE, 28 décembre 2001, *Lacombe*, Recueil Lebon, p. 686).



plus que prononcer un non-lieu. Dès signature, le contrat se trouve en effet placé sous le régime de droit commun des contrats administratifs³⁹³.

Les solutions dégagées par la jurisprudence pour l'application des obligations de publicité et de mise en concurrence marquent la recherche d'un point d'équilibre entre l'efficacité de la procédure et le respect des droits essentiels des parties au litige. Cependant, le très grand formalisme de l'obligation de publicité, très encadrée par le règlement CE n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres, fait l'objet de critiques (cf. 13.5.2).

Certains regrettent que le champ couvert par le contrôle du juge du référé demeure limité mais « *pour donner tout son sens à la procédure, il convenait d'éviter que le juge du référé ne se transforme en juge de la régularité du contrat. À l'intérieur du champ du contrôle, toutefois, le juge de cassation exerce une surveillance étroite et parfois audacieuse, en censurant avec constance les jugements faisant preuve d'une timidité déplacée* »³⁹⁴.

7.2.4. La forme et le contenu obligatoire du contrat

Si les contrats administratifs ne sont, en principe, pas soumis à des règles de forme contraignantes, le contenu de certains contrats administratifs, comme la délégation de service public³⁹⁵, est de plus en plus encadré.

- Sauf textes particuliers l'imposant, l'écrit³⁹⁶ n'est pas obligatoire. Les marchés publics d'un montant supérieur à 4 000 € (article 11 du CMP) ou les transactions conclues en vertu de l'article 2044 du code civil nécessitent un écrit.

Cet écrit peut prendre les formes les plus variées : acte sous seing privé, acte notarié, acte administratif unilatéral accepté par le cocontractant³⁹⁷, convention acceptée sous forme d'acte unilatéral par l'administration³⁹⁸, échange de

393 - Cette solution pourrait être remise en cause suite à l'adoption le 15 novembre 2007 de la nouvelle directive du Conseil modifiant les directives recours de 1989 et 1992 (AJDA, 2007, p. 2173). Cette directive du 11 décembre 2007 obligera en effet à attendre au minimum dix jours entre l'attribution d'un marché et sa signature, de manière à permettre un accès effectif au juge durant cette période, et permettra à ce dernier d'annuler un marché signé en méconnaissance de ce délai, ce que le Conseil d'État s'interdit aujourd'hui. Sur les directives « recours », voir aussi *Les recours des tiers contre les contrats publics*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, n° 45, novembre-décembre 2007, p. 253. L'ouverture d'un recours de pleine juridiction aux concurrents évincés répond par avance sur ce point aux nouvelles exigences de la directive recours.

394 - S. Lagumina et É. Philippe, « Le référé précontractuel : bilan et perspectives », AJDA, 20 avril 2000, n° 4, p. 287.

395 - Par exemple en ce qui concerne les droits d'entrée réclamés au prestataire entrant.

396 - L'exigence d'un écrit conduit à souligner à nouveau la polysémie du mot « contrat » dans notre langue. Car s'il renvoie à l'acte qui contient la preuve de l'existence d'un accord, donc à un écrit, le contrat signifie d'abord un accord des parties ou de volontés, non soumis à un quelconque formalisme.

397 - CE, 20 juillet 1951, *Peguin*, rec. p. 423.

398 - CE, 27 juillet 1923, *Sieur Gheusy*, rec. p. 639.



lettres³⁹⁹, croisement de deux délibérations rédigées en termes identiques⁴⁰⁰. Il arrive même au Conseil d'État de discerner des stipulations contractuelles dans un règlement⁴⁰¹.

Des contrats purement verbaux peuvent lier les parties, en matière de gestion de personnel, permanent et occasionnel ou d'exécution du service public⁴⁰². De même des contrats peuvent être tacites⁴⁰³ comme le contrat de mandat entre débiteurs solidaires⁴⁰⁴.

- La durée des contrats⁴⁰⁵ ou les clauses financières qu'il est possible d'y inclure font l'objet de dispositions législatives ou réglementaires de plus en plus contraignantes. La possibilité d'étendre par avenant l'objet du contrat ou de le prolonger est également souvent très limitée, de manière à éviter les détournements de procédure⁴⁰⁶. La durée du contrat, s'agissant des DSP ou de l'occupation du domaine public, doit également correspondre à une réalité économique, notamment à la durée d'amortissement des ouvrages réalisés⁴⁰⁷.

Par exception, le contrat de partenariat (cf. 1.2.2), contrat de longue durée, a été conçu comme adaptable aux évolutions économiques et financières. L'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et l'article L. 1414-12 du CGCT disposent que ce contrat doit prévoir « *les conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant, ou, faute d'accord, par décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant* ».

- Certaines clauses doivent obligatoirement figurer dans certains contrats ainsi que le prévoit, par exemple, l'article L.300-5 du code de l'urbanisme, lorsqu'une collectivité territoriale décide de participer financièrement au coût d'une opération

399 - CE, 23 janvier 1954, *Comptoir unique d'achat*, RDP, 1954, p. 834.

400 - Le croisement de deux délibérations identiques de conseils municipaux relatives au partage des charges liées à des garanties d'emprunts et de la taxe professionnelle a ainsi été regardé, eu égard à la volonté des parties, comme un contrat (20 mars 1996, *Commune de Saint-Céré*, rec. p. 87, *Droit administratif*, 1996, n° 307).

401 - CE, 25 novembre 1994, *Soc. Aticam*, rec. p. 514 pour un règlement d'exploitation des hangars d'un port autonome.

402 - CE, Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, rec. p. 167 ; GAJA, n° 79, 13^e édition, p. 508.

403 - CE, 15 juin 1951, *Soc. Hydraulique Asie*, rec. p. 349 ; 4 avril 1952, *Compagnie navale des pétroles*, rec. p. 211.

404 - CE, 19 mars 1956, *Sieur Jean dit François Rolland Nouvelles*, rec. p. 130.

405 - La durée d'une DSP est devenue une clause obligatoire du contrat d'après la loi du 29 janvier 1993 (CAA Nantes, 27 juin 2003, *Commune de Contres*, requête n° 00635).

406 - Avis de la section des travaux publics du 20 février 1996, Rapport public 1997, p. 334 ; avis de l'Assemblée générale du 16 septembre 1999, Rapport public 1999, p. 230 sur les concessions d'autoroutes ; avis de la section des travaux publics du 19 avril 2005, Rapport public p. 197 sur les conventions d'exploitation des remontées mécaniques ; CE, 29 décembre 2004, *Soc. SOCCRAM*, rec. p. 762, *AJDA*, 2005, p. 607.

407 - CE, 12 mai 1976, *Époux Leduc*, rec. p. 252 pour la construction d'une salle de sports sur le domaine public maritime en vertu d'une simple occupation temporaire du domaine maritime et non d'une concession.



d'aménagement en vertu d'une convention conclue en application de l'article L. 300-4 de ce code.

D'autres clauses, comme celles qui portent atteinte à l'ordre public⁴⁰⁸, sont naturellement prohibées et donc illicites. Hormis ces quelques contraintes, la liberté contractuelle implique que les collectivités publiques demeurent libres de rédiger leurs contrats comme elles l'entendent.

7.2.5. La qualité des signataires du contrat

Réserve faite des règles déjà évoquées concernant la mise en concurrence préalable au choix du cocontractant, ce dernier ne peut pas toujours être librement choisi par la collectivité publique signataire. Le législateur peut préciser par avance le nombre et la qualité des signataires d'un contrat. Il dispose à cet effet d'une marge de manœuvre : par exemple, il peut prévoir deux conventions médicales au lieu d'une seule, l'une signée par au moins une organisation représentative de médecins généralistes, l'autre de spécialistes, dans le dessein de rendre plus aisée la conclusion de telles conventions⁴⁰⁹. De même, il a, dans un but identique, modifié en 1975 l'exigence portant sur le nombre minimum de signataires : désormais la signature d'une seule organisation syndicale représentative suffit mais, en contrepartie, le ministre doit procéder à une enquête de représentativité dans les mois qui précèdent l'échéance conventionnelle.

En cas de contestation sur la validité d'un contrat, le juge se borne généralement à vérifier que les signataires étaient dûment habilités et arrête là ses investigations. Mais dans certaines matières, les exigences relatives à la qualité des signataires sont nettement supérieures, en particulier s'agissant des conventions médicales⁴¹⁰ ou des accords collectifs conclus en droit du travail⁴¹¹. Et l'obstination des pouvoirs publics à ne pas reconnaître la représentativité d'une organisation syndicale peut conduire à des déconvenues sérieuses devant le juge : quatre conventions conclues avec les chirurgiens-dentistes en 1977, 1978, 1983 et 1991 ont été annulées pour n'avoir pas invité la Fédération des chirurgiens-dentistes de France à participer aux négociations.⁴¹² Pour donner une assise plus large et plus solide à ces accords, la signature d'organisations dites représentatives

408 - Ch. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694. Parmi les clauses contraires à l'ordre public, l'auteur cite notamment celles qui auraient pour effet de placer le cocontractant en situation de commettre une pratique anticoncurrentielle (cf. 10.2.6).

409 - Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, rec. p. 33, considérant 26.

410 - CE, Sect., 17 mars 1997, *Syndicat des médecins d'Aix et région et Fédération française des médecins généralistes MG France*, rec. p. 94.

411 - CE, 30 juin 2003, *MEDEF*, rec. p. 297 ; CE, 30 juin 2006, *Soc. Les champignons de Normandie*, *AJDA*, 2006, p. 928 pour la représentativité d'une organisation d'employeurs.

412 - CE, Sect., 25 mai 1979, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, rec. p. 242, *Dr. Soc.*, 1979, p. 687, concl. B. Genevois ; CE, 19 décembre 1980, *FDCF*, rec. p. 898 ; CE, 5 décembre 1986, *FDCF*, rec. p. 742, CE, 13 novembre 1995, *FDCF*, rec. p. 1045. Sur la représentativité des organisations, voir aussi CE, 10 juillet 1992, *CSMF et Syndicat des médecins libéraux*, rec. p. 290 et 294, *Dr. Soc.*, 1992, p. 927, concl. G. Le Chatelier et Ass., 20 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France*, rec. p. 442, concl. C. Maugué.



est nécessaire et bénéficie d'un traitement privilégié⁴¹³. Se pose ensuite la question de savoir si les signataires d'accords collectifs doivent être de surcroît majoritaires ou non⁴¹⁴.

Garant de la régularité des contrats, le juge administratif se reconnaît le pouvoir de vérifier d'office si un contrat a été conclu par l'autorité compétente et, dans la négative, n'hésite pas à le déclarer nul⁴¹⁵, permettant alors aux cocontractants d'invoquer la responsabilité quasi-contractuelle (l'enrichissement sans cause ou la faute) ou la responsabilité quasi délictuelle de la puissance publique (faute commise en concluant un contrat nul)⁴¹⁶.

7.2.6. La décision de signer le contrat du côté de l'administration

L'expression de la volonté des personnes morales de droit public, dont l'organisation est souvent complexe, présente une caractéristique qu'on ne trouve guère en droit privé.

Son expression est rarement simple et directe. Lorsqu'une personne morale de droit public contracte par l'intermédiaire de ses représentants, la signature du contrat relève souvent d'une procédure se déroulant en plusieurs phases et superposant l'intervention de plusieurs volontés⁴¹⁷, y compris parfois d'une tutelle : le

413 - L'exigence de représentativité en droit du travail découle de l'effet impératif ou normatif de l'accord collectif. Elle consiste à apprécier la capacité que possède une organisation à parler au nom d'un collectif de travail et à exprimer l'intérêt collectif. Sur la représentativité des organisations patronales et de salariés, voir notamment le rapport Hadas-Lebel de mai 2006 (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000364/index.shtml>), qui analyse la situation et suggère plusieurs scénarios d'évolution.

414 - Deux variantes sont possibles en droit du travail : l'opposition majoritaire ou l'engagement majoritaire. La loi du 4 mai 2004 a laissé à la branche le soin de déterminer les règles de signature, majorité d'opposition ou majorité d'engagement. La majorité d'opposition joue rarement pour les accords de branche (une vingtaine de cas depuis 2004) et seule une branche a institué la majorité d'engagement. S'ajoute à cette option un débat technique sur le mode de calcul de la majorité : faut-il la constater en nombre de signataires ou en termes d'effectifs représentés (les résultats des élections aux différents niveaux de négociation étant généralement considérés comme le critère le plus pertinent à cet égard), en la calculant à la majorité relative ou absolue ? Sur cette même question dans la fonction publique, on se reportera avec intérêt à l'article d'Yves Saint-Jours déjà cité (note 43), qui conserve toute son actualité.

415 - CE, Sect., 20 octobre 2000, *Soc. Citecable Est*, Recueil Lebon, p. 457, BJC n° 14, janvier 2001, concl. H. Savoie, p. 54 avec observations P. Terneyre. Voir aussi pour un exemple récent de convention déclarée nulle en application de l'article L. 332-6 du code de l'urbanisme : 10 octobre 2007, *commune de Bior*, requête n° 268205, *Dr. Adm.*, 2007, n° 11, 163, p. 40 et le commentaire de J.-B. Auby, « La valeur de l'action publique », p. 1 et 2 ou encore CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, *AJDA*, 2007, p. 915. Sur les obligations du juge en cas de nullité de certaines clauses d'un contrat, voir aussi CE, 19 décembre 2007, *Soc. Sogeparc-CGCT*, requête n° 260327, *AJDA*, 2008, p. 16) et CE, 22 février 2008, *Schmeltz et Orselli*, requête n° 286174, *AJDA*, 2008, p. 439 qui admet la recevabilité en appel de moyens nouveaux relatifs à la responsabilité quasi délictuelle des cocontractants.

416 - La question de savoir si le juge administratif peut et dans quelle mesure indemniser le manque à gagner sur le terrain quasi délictuel en cas de poursuite d'une convention définitivement annulée vient d'être tranchée par le Conseil d'État (CE, Sect., 10 avril 2008, *Soc. Decaux et département des Alpes-Maritimes*, requête n° 244950).

417 - F. Rolin, *L'habilitation à contracter*, in « Contrats publics », *Mélanges Guibal*, Montpellier 2005, tome 1, p. 187.



« droit administratif connaît des opérations contractuelles beaucoup plus que des contrats ». ⁴¹⁸ Il est donc rare de pouvoir identifier le concours d'une seule volonté pour conclure un contrat administratif et cette simple observation relativise la théorie selon laquelle le contrat naît du simple échange de deux volontés. La jurisprudence sur les actes détachables du contrat (cf. 9.4) et sur les interactions complexes et parfois subtiles entre acte détachable et contrat confirme ce point de vue. Le contrat administratif s'analyse donc aussi bien comme un croisement d'une décision unilatérale du côté de l'administration et d'un accord de volonté du côté du cocontractant privé que comme un pur échange de volontés.

Le fractionnement de la procédure en amont de la passation du contrat administratif a en tout cas pour effet de multiplier les risques d'irrégularité ou de vices dans l'expression du consentement (cf. 7.1.1). Le contentieux de la légalité des actes détachables occupe ainsi une place importante dans la jurisprudence administrative, que ce soit dans le contentieux des marchés publics, des délégations de service public ou de la fonction publique. Pour une collectivité territoriale, l'autorisation de passer le contrat et la décision de signer sont bien souvent dissociées : l'organe délibérant donne en général l'accord préalable à la conclusion du contrat, l'exécutif se chargeant de le négocier puis de le signer ⁴¹⁹.

7.2.7. Signification, publication, entrée en vigueur et opposabilité aux tiers

Le contrat ne s'appliquant en principe qu'à ses signataires en vertu de l'effet relatif qui s'y attache, aucune publicité n'est généralement prévue pour les contrats administratifs ⁴²⁰.

On relève toutefois quelques exceptions résultant de la loi ou de la jurisprudence. Par exemple, les articles L. 133-13 et L. 133-14 du code du travail organisent la publicité donnée à la convention d'assurance chômage de l'Unedic, qui est une convention conclue dans l'intérêt des tiers assurés. De même, l'article 11-2 de la loi du 30 juin 1975, modifié par celle du 6 janvier 1986, relative aux institutions sociales et médico-sociales prévoit que la convention signée par un établissement habilité à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale « est publiée dans un délai de deux mois à compter de sa signature ».

La nature réglementaire reconnue par la jurisprudence aux stipulations de certains contrats comme les cahiers des charges des concessions conduit aussi à les publier pour rendre leurs dispositions opposables aux tiers.

418 - M. Payre, *Recherche sur la notion d'indivisibilité du contrat administratif*, 1986.

419 - Si un maire conclut un contrat avant de transmettre au préfet la délibération qui l'autorise à le signer, le contrat administratif signé ou la décision de signer le contrat de droit privé sont nuls (CE, Sect., 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, rec. p. 198).

420 - Le récent arrêt d'Assemblée *Tropic Travaux signalisation* (cf. 9.4) va conduire à organiser une publicité pour les contrats de la commande publique (cf. 13.4.5).



7.3. Interprétation, exécution et requalification du contrat

Si le contrat administratif se caractérise par de nombreuses exigences formelles qui contribuent à sa spécificité, il soulève, au stade de son exécution, de multiples questions pratiques et parfois juridiques. Parmi ces dernières, celles qui sont relatives à l'interprétation et à la qualification du contrat illustrent les difficultés particulières rencontrées par le juge du contrat.

7.3.1. L'exécution du contrat

Sans entrer dans le détail, l'exécution des contrats publics soulève plusieurs questions pratiques et juridiques telles que celles de l'ampleur des avenants qu'il est possible de conclure en cours de contrat sans en bouleverser l'économie (cf. 7.2.4 et 12.1.5) ou de l'adaptation des théories de l'imprévision ou du fait du prince au contexte actuel. Elle pose aussi celle de l'intervention des usagers dans l'exécution du contrat qui ne disposent, indépendamment du recours contre les actes réglementaires, que du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les clauses réglementaires d'organisation du service ou tout acte détachable du contrat.

L'asymétrie d'information entre la collectivité publique et le titulaire du contrat pose également question, même si l'article L.1411-3 du code général des collectivités territoriales a amélioré la situation en prévoyant un rapport annuel du délégataire à l'autorité délégante. Les titulaires de délégations de service public bénéficiant de fait d'une probabilité de renouvellement très élevée (cf. 1.2.1), cette situation privilégiée découle assez largement de la sous-information de la collectivité publique et des concurrents potentiels sur les coûts réels entraînés par le changement du titulaire du contrat. Il est assez paradoxal d'entendre des élus locaux parfois affirmer qu'ils sont obligés de revenir à la régie directe pour obtenir des informations fiables sur les coûts, les gains et la qualité du service (cf. 12.2.4).

Le contentieux contractuel relatif à l'exécution des contrats se renouvelle et pose sans cesse des questions inédites. Ainsi, par exemple, deux questions sur les pénalités applicables aux marchés publics demeurent ouvertes et discutées. La première consiste à savoir si le juge du contrat, saisi de conclusions en ce sens, peut modérer ou augmenter les pénalités convenues entre les parties « *lorsque l'application des stipulations d'un contrat administratif prévoyant des pénalités de retard fait apparaître un montant de pénalités manifestement excessif ou dérisoire* »⁴²¹, alors que la jurisprudence administrative⁴²² et judiciaire, pour cette dernière jusqu'à la modification de l'article 1152 du code civil par la loi du 9 juillet 1975, est de sens contraire. La seconde consiste à savoir si l'application des pénalités prévues par l'article 20 du cahier des clauses administratives générales suppose ou non une mise en demeure préalable de la part du maître d'ouvrage⁴²³.

421 - CAA Paris, 23 juin 2006, *SARL Serbois*, requête n° 02PA03759.

422 - CE, 24 novembre 2006, *Soc. Group 4 Falck Sécurité*, requête n° 275412.

423 - CAA Paris, 19 juin 2007, *Soc. Bleu Azur*, requête n° 04PA01052, *AJDA*, 2007, p. 2326, note O. Rousset.



7.3.2. L'interprétation du contrat

- Le juge administratif est compétent pour interpréter les contrats administratifs et leur faire produire leur plein effet. Il recherche ainsi la commune intention des parties⁴²⁴ et donne sa véritable qualification au contrat⁴²⁵. À ce titre, il vérifie si le contrat qui lui est déféré répond bien à sa définition, par exemple qu'une concession est bien financée par une redevance perçue sur l'usager⁴²⁶. Il interprète aussi les clauses obscures ou ambiguës des contrats⁴²⁷.
- Le juge administratif n'est en revanche pas compétent pour interpréter des contrats de droit privé et doit, en présence d'une difficulté sérieuse d'interprétation, surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge judiciaire ait donné son interprétation du contrat. Cette solution est ancienne et constante, par exemple en matière d'extension des conventions collectives⁴²⁸.
- Le juge administratif refuse, avec quelques dérogations toutefois, d'accueillir l'exception d'inexécution du contrat⁴²⁹ lorsqu'elle est invoquée par le cocontractant d'un marché public ou d'une délégation de service public pour suspendre l'exécution de ses propres obligations⁴³⁰. Certains pays étrangers l'admettent

424 - CE, 31 mai 1985, *Ville de Montpellier c/ Société des parkings des Champs-Élysées*, requête n° 2418, *RDP*, 1985, p. 1707.

425 - CE, 27 juillet 1923, *Sieur Gheusy*, rec. p. 639 pour une concession ; CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, requête n° 281796, *AJDA*, p. 915, pour un contrat de droit privé requalifié en marché public de services.

426 - CE, Ass., 16 avril 1986, *CLT*, rec. p. 96.

427 - L'interprétation du contrat est une prérogative des juges du fond, qui relève de leur appréciation souveraine. Désormais juge de cassation dans la plupart des litiges contractuels, le Conseil d'État se borne à ce titre à un contrôle de dénaturation (CE, 25 novembre 1994, *Soc. Aticam*, rec. p. 514), avec une exception toutefois, relative à l'interprétation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux (CE, Sect., 27 mars 1998, *Soc. d'assurances La Nantaise et l'Angevaine réunies*, Recueil Lebon, p. 109, *RFDA*, 1998, p. 732 concl. M^{me} Bergeal, note Bourrel). C'est donc essentiellement sur les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel que repose aujourd'hui cette mission.

428 - CE, Sect., 4 mars 1960, *Soc. Le Peignage de Reims*, Recueil Lebon, p. 168 ; 28 avril 2000, *Organisation nationale de la coiffure française*, requête n° 197537 ; 22 novembre 2000, *Fédération nationale du personnel de l'encadrement des sociétés de service informatique, des études, du conseil et de l'ingénierie*, requête n° 208779.

429 - L'exception d'inexécution contractuelle (*exceptio non adimpleti contractus*) permet à l'une des parties d'invoquer l'inexécution d'une obligation par l'autre partie pour se dispenser de sa propre obligation ou pour demander la suspension ou la résolution du contrat. En droit administratif, cette exception d'inexécution ne peut être invoquée que par l'administration car, en raison de son intérêt public, l'exécution d'un contrat administratif ne doit en principe pas être interrompue. Lorsque le contrat n'a pas pour objet un service public indispensable à la collectivité, l'usage de l'« *exceptio non adimpleti* » contre l'administration représente une garantie pour les partenaires privés, qui peuvent par ce biais échapper à de possibles abus de la part d'une administration.

430 - CE, 7 juin 1929, *Cie française des câbles télégraphiques*, Recueil Lebon, p. 564 ; 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, Recueil Lebon, p. 11.



dans certaines hypothèses⁴³¹. Ce refus, contesté par une partie de la doctrine⁴³², repose sur la justification qu'un contrat administratif constitue l'une des modalités mises à la disposition de l'administration pour servir l'intérêt général et qu'il doit pour cette raison aller à son terme, en dépit du souhait du cocontractant de l'interrompre⁴³³. La jurisprudence française laisse donc sur ce point le juge du

431 - Dans plusieurs pays, notamment d'Amérique latine, la doctrine, la jurisprudence et même la loi admettent l'« *exceptio non adimpleti* » dirigée contre les contrats administratifs. Le Conseil d'État colombien admet ainsi que le cocontractant puisse se prévaloir de l'exception d'inexécution du contrat et suspendre l'exécution de ses propres obligations lorsque de graves fautes imputables à l'administration empêchent l'exécution raisonnable du contrat (*Consejo de Estado, Expediente n° 25000-23-26-000-1989-5337-0, 4 septembre 2003. Este presupuesto fue planteado por la Sala así : 'es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato*). La jurisprudence de la Cour Suprême de justice de l'Argentine va dans le même sens et considère qu'il serait contraire à l'équité d'exiger du cocontractant privé qu'il exécute son obligation lorsque la négligence de l'entité publique crée les circonstances où l'exécution du contrat cesse d'être raisonnable (*Obredor, Robertp Enrique/ c/ Provincia de Mendoza. Fecha, 21 avril 2006. Tribunal : Suprema Corte de Justicia. Expediente : 74283. Ubicación : S364-177. La exceptio non adimpleti contractus es aplicable a los contratos administrativos, ya que sostener lo contrario constituiría una negación de la naturaleza contractual del contrato administrativo. No resulta equitativo exigir que el contratante particular cumpla cuando en realidad la negligencia del ente público en el cumplimiento de sus propias obligaciones es el que lo ha colocado en situación de razonable imposibilidad de llevar adelante su prestación*). Au Brésil, depuis 1993 la loi (*Lei 8666/93, art. 78, incisos XV e XVI*) relative aux contrats administratifs admet la résiliation du contrat au cas où l'administration n'exécute pas ses obligations (ne pas libérer le local ou ne pas procurer la fourniture nécessaire à l'exécution du contrat...) ou enregistre retard de paiement des sommes dues supérieur à 90 jours. L'« *exceptio non adimpleti contractus* » est également admise en droit international. Le souci de préserver l'équité et la bonne foi dans les relations contractuelles internationales conduit les tribunaux internationaux à accueillir l'utilisation de cette exception contre les administrations. L'un des tribunaux organisés en 2006 par le Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) a critiqué la position traditionnelle qui refuse l'admission de l'exception en faveur du cocontractant privé en ces termes : « (...) *the Tribunal ca not ignore the practical result of this interpretation [le refus de l'exception] : if taken to the extreme, a concessionaire would be obliged to provide the service indefinitely at the discretion of the government and its right to terminate the Concession Agreement would be deprived of any content. For this reason, the application of the maxim exception non adimpleti contractus provides a balance to the relationship between the government and the concessionaire.* » (*ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes case n° ARB/01/12. Date of dispatch to the parties : July 14, 2006. Proceeding between Azurix Corp as claimant and the Argentine Republic as respondent : <http://icsid.worldbank.org>*).

Bien que l'accueil de cette exception dans les contrats administratifs ne fasse pas l'unanimité dans les différents systèmes juridiques, la tendance de la doctrine administrative moderne est de l'admettre dans les cas où l'intérêt de la collectivité n'est pas immédiatement menacé, afin de protéger le cocontractant privé contre les abus d'une administration négligente.

432 - P. Terneyre, « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 803 et suiv. Admettre ouvertement l'application de cette exception dans certains cas (ceux où l'inexécution n'affecte pas la continuité du service public ou les besoins de la collectivité) « permettrait d'adresser un signal fort aux opérateurs économiques qui contractent avec l'administration – spécialement ceux, étrangers, très méfiants » à l'égard d'un droit administratif français considéré souvent comme « exorbitant et facteur d'insécurité juridique ».

433 - De manière dissymétrique, l'administration peut demander au cocontractant de continuer à exécuter son contrat en dépit d'un changement de circonstances (cf. 7.1.2) et, à tout moment, résilier un contrat dans l'intérêt général ou pour faute en cas d'inexécution des obligations (cf. 7.1.2.1).



contrat déterminer si l'exécution de ce contrat est ou non devenue impossible et d'en tirer le cas échéant les conséquences.

7.3.3. La requalification du contrat

La mission du juge inclut, au-delà des appellations données au contrat par les parties, des opérations délicates de qualification au regard des notions juridiques pertinentes, marché public ou DSP essentiellement, et parfois de requalification, conférant sa véritable portée au contrat⁴³⁴. Le juge administratif est ainsi le gardien vigilant des frontières, parfois difficiles à tracer, entre le contrat de subvention, le marché public, l'ancien marché d'entreprise de travaux publics (METP)⁴³⁵ et la DSP.

Ceci l'a amené au fil du temps à regarder une concession de service public comme un METP (CE, Sect., 26 novembre 1971, *Soc. SIMA*, rec. p. 723), à juger qu'un sous-traité de concession de plage ne constitue pas seulement une convention d'occupation du domaine public mais comporte aussi une DSP⁴³⁶ (CE, 21 juin 2000, *SARL Plage « Chez Joseph »*, rec. p. 282, BJCP, n° 12, p. 355, concl. C. Bergeal, DA 2000.15, obs. S. Braconnier), à qualifier une régie intéressée de DSP (CE, 30 juin 1999, *SMITOM*, rec. p. 229) ou à identifier une DSP derrière une procédure d'agrément (CE, 22 mars 2000, *Époux Lasaulce*, rec. p. 127, BJCP, n° 11, p. 252, concl. H. Savoie).

De même, le juge vérifie qu'une association bénéficiaire d'une subvention n'a pas agi en qualité de prestataire de service d'un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics⁴³⁷ (CAA Marseille, 20 juillet 1999, *Commune de Toulon*, requête n° 98MA01735 ; CE, 26 mars 2008, *Région de La Réunion*, requête 284412⁴³⁸). La délimitation n'est en effet pas toujours aisée entre une convention d'objectifs passée avec une association et un marché de prestation défini par l'existence d'un lien direct entre la contribution financière versée par la collectivité publique et la prestation fournie en réponse à ses besoins préalablement exprimés. La subvention est théoriquement dénuée de toute contrepartie. Mais la notion de marché public n'est pas très éloignée quand une collectivité

434 - Sur cette question, voir *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État 2002, La Documentation française, p. 300 et suiv.

435 - Le marché d'entreprise de travaux publics, aujourd'hui disparu, était un contrat de longue durée qui confiait la construction ou l'exploitation ou seulement l'exploitation d'un ouvrage public à une entreprise moyennant une rémunération par la collectivité publique.

436 - O. Rousset, « Concessions domaniales des collectivités locales : quels risques de requalification en convention de délégation de service public ? », *RFDA*, 2002, p. 1059 ; CAA Nancy, 6 avril 2006, *EURL Saut du Doubs*, *AJDA*, 2006, p. 1350.

437 - D. Moreau, « Les risques de requalification des subventions en marchés ou en délégations de service public », *AJDA*, 2002, p. 902 ; L. Renouard, « Les contrats de subvention », *ACCP*, décembre 2003, p. 28. Sur la distinction entre contrat de subvention, marché public et délégation de service public, on peut aussi se reporter avec intérêt à l'avis de la section de l'intérieur du 18 mai 2004 (EDEC, 2005, p. 185) qui, dans le cas de la Cinémathèque, impose pour définir la relation entre l'association et l'État la conclusion d'un contrat de subvention mais écarte l'application de la procédure propre aux marchés publics et à la délégation de service public.

438 - Cette décision confirme un arrêt de cour administrative d'appel ayant jugé qu'une contribution financière versée en application de conventions était la contrepartie du service rendu par le fournisseur en vertu de ces conventions relevant du code des marchés publics et non une subvention.



subventionne des actions précises correspondant à des objectifs d'intérêt local. C'est ainsi que le tribunal administratif de Melun a récemment qualifié de marché public une subvention du département de Seine-et-Marne à des théâtres en vue de l'organisation d'un festival⁴³⁹. Pour limiter ce risque, le critère tenant à l'initiative du projet subventionné apparaît primordial. La cour administrative d'appel de Marseille l'a retenu à propos de la fête toulonnaise de la liberté, du livre et de la francophonie de 1997⁴⁴⁰ : le comité des fêtes de la ville ayant été le seul organisateur de la manifestation et l'action du comité répondant à un objectif d'intérêt général pour la ville sans s'accompagner d'une prestation de service, la cour a retenu la qualification de subvention et non de contrat. Si une association ne peut pas démontrer qu'elle est à l'origine du projet, le risque de requalification est élevé.

La délimitation entre une convention d'objectifs et une délégation de service public à un organisme privé⁴⁴¹ n'est pas non plus toujours aisée. Le Conseil d'État, par sa décision du 6 avril 2007 concernant le festival d'art lyrique d'Aix⁴⁴², a clarifié l'ensemble des droits et obligations des collectivités publiques à l'égard des personnes privées exerçant une mission de service public (cf. 13.3.1.5).

La fréquence des opérations de qualification ou de requalification de contrats par le juge constitue l'un des symptômes de la fragilisation récente des contrats, singulièrement de ceux qui relèvent de la commande publique. Cela justifie la proposition d'une remise en ordre de notre système contractuel (cf. 13.4.2).

7.4. Typologies et fonctions du contrat en droit administratif

La définition du contrat administratif, son régime juridique et ses spécificités ayant été précisées, la jurisprudence et la doctrine complètent leur approche des différents contrats en utilisant des typologies qui permettent de les classer. Leur étude permet d'approfondir le phénomène contractuel et d'appréhender les diverses fonctions que remplit le contrat en droit administratif.

7.4.1. Les principales typologies contractuelles en droit national et communautaire

Les critères de classement sous-jacents aux différentes typologies contractuelles s'attachent soit au fond du contrat, soit à sa forme. La première d'entre elles commence par diviser les contrats signés par l'administration en deux

439 - TA Melun, 1^{er} décembre 2006, *Préfet de Seine-et-Marne c/ Département de Seine-et-Marne*, requête n° 06-5188.

440 - CAA Marseille, 20 juillet 1999, *Commune de Toulon*, requête n° 98MA01735.

441 - Cette notion a été élargie aux associations par le Conseil d'État en 1974 (CE, Sect., 22 novembre 1974, *Fédération française d'articles de sport*, Recueil Lebon, p. 576).

442 - CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, *AJDA*, 2007, chron. F. Lenica, J. Boucher, p. 1020. Pour une appréciation critique de la compatibilité de cette décision avec le droit européen, voir L. Richer, P.-A. Jeanneney et S. Nicinski, « Actualités du droit de la concurrence, Aides d'État », *AJDA*, 2007, p. 2351.



catégories, selon le droit applicable : les contrats de droit commun, relevant du juge judiciaire, et les contrats administratifs, relevant du juge administratif. Puis interviennent des classements à l'intérieur de la famille des contrats administratifs.

Ces typologies sont instables et changeantes, à l'image de la dynamique contractuelle elle-même. L'apparition de nouveaux contrats en droit national ou communautaire oblige à adapter ou à repenser à un rythme accéléré les typologies anciennes. Leur multiplicité et leur imbrication témoignent aussi de la complexité du phénomène contractuel, pour ne pas dire de sa confusion. Sans entrer dans leur détail ni chercher à établir leurs mérites respectifs, les plus fructueuses pour la bonne compréhension du rôle joué par le contrat sont les suivantes.

7.4.1.1. Selon les signataires

Ce critère, souvent qualifié d'organique, tient traditionnellement une grande place en droit administratif.

- Les contrats administratifs régissent le plus souvent des relations entre des personnes publiques et des personnes privées. On a, en pareil cas, affaire au contrat de droit commun, à un « vrai » contrat⁴⁴³ dont le prototype est le marché public ou la délégation de service public et dont le juge administratif, en cas de contentieux, veille à ce qu'il en soit fait une exécution scrupuleuse.

Mais le contrat peut aussi régir des relations entre personnes publiques⁴⁴⁴ : si le phénomène est ancien, il s'est accentué à la faveur de l'interventionnisme économique de la puissance publique et depuis les lois de décentralisation (cf. 4.3). Ces contrats, qui incluent les contrats de programme conclus entre collectivités publiques, peuvent susciter davantage de scepticisme quant à leur nature et leur valeur. Si certains ont reçu la qualification de contrats administratifs lorsqu'ils formalisaient des engagements, d'autres sont volontiers qualifiés de faux contrats, surtout s'ils ne comportent aucun engagement pour l'une des parties⁴⁴⁵. Ils sont proches de ce que Duguit appelait des conventions.

S'y ajouteraient des contrats fictifs, ceux qui sont conclus à l'intérieur d'une même personne publique. Cette catégorie engloberait toutes les formes de contrat d'objectifs ou de gestion conclus à l'intérieur de la sphère étatique. La

443 - Voir par exemple J. Moreau, « Les matières contractuelles », *AJDA*, 1998, p. 747. Cet auteur, reprenant en partie l'analyse de Duguit, introduit à ce titre une distinction entre contrat et convention, réservant le terme « contrat » aux vrais contrats, c'est-à-dire à ceux qui répondent à la définition juridique de la chose (cf. 7.1).

444 - Pour un exemple de contrat administratif conclu entre deux personnes publiques, voir CE, Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr et autres*, rec. p. 201, *RFDA*, 1998, p. 609, concl. H. Savoie, affaire dans laquelle la qualification de marché public a été écartée. De la signature d'un contrat par deux personnes publiques découle la présomption du caractère administratif de ce contrat (TC, 21 mars 1983, *UAP*, cf. 7.1.1.1) mais cette présomption simple peut être renversée par la constatation de l'absence de clauses exorbitantes du droit commun lorsque l'objet de ce contrat est lié au fonctionnement du service public (TC, 15 novembre 1999, *Commune de Boursip c/ Commune de Saint-Lary-Soulan*, rec. p. 478).

445 - J.-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, 1997.



jurisprudence et une bonne partie de la doctrine⁴⁴⁶ répugnent en effet à assimiler à des contrats les accords passés entre des services de l'État, bien que ces entités puissent être regardées comme disposant d'une autonomie fonctionnelle et de compétences bien délimitées, et les assimilent plutôt à des engagements moraux ou politiques⁴⁴⁷. Quelques rares auteurs, soulignant l'aspect conventionnel ou construit de tout système juridique, plaident au contraire pour une reconnaissance de ce type de contrat⁴⁴⁸.

- Une autre classification des contrats peut s'attacher à la qualité du signataire : individu ou groupement. En matière de fonction publique ou en droit du travail, par exemple, on distingue l'accord (fonction publique) ou la convention collective (secteur privé) du contrat individuel. La convention collective est généralement considérée par la doctrine comme ayant une valeur supérieure au contrat individuel car, acte-règle, elle s'impose à lui : elle s'impose en effet au contrat de travail, qui ne peut pas contenir de clause moins favorable au salarié, sauf dans les cas où elle le prévoit explicitement.

- Une dernière classification intéressante consiste à se demander si l'État est présent au contrat ou s'il y reste tiers. Car, dans un certain nombre de situations, il a le choix entre intervenir directement comme contractant ou indirectement comme initiateur ou participant, à l'arrière-plan, à la négociation.

Les négociations entre les partenaires sociaux à l'instigation de l'État relèvent souvent de la seconde hypothèse. Cette situation ambiguë pose des questions d'éthique de la négociation (cf. 13.1.2), accrues lorsque l'État intervient en aval pour homologuer le résultat de la négociation par la loi (cf. 8.2.1) ou en étend le champ par décision unilatérale (cf. 9.3.3).

7.4.1.2. Selon l'objet du contrat

Cette classification, qui jouait un rôle secondaire, est en passe de devenir prépondérante, sous l'influence de la jurisprudence administrative et surtout du droit communautaire.

- La classification des contrats administratifs réserve traditionnellement un sort particulier à ceux qui portent sur l'organisation du service public⁴⁴⁹ (cf. 1.2), les plus anciens et les plus éminents. Elle distingue de nos jours principalement le contrat qui confie au cocontractant l'exécution même du service public, comme la délégation de service public (cf. 1.2.1), dans laquelle figure la concession de service public, celui qui le fait participer à l'exécution ou au fonctionnement du

446 - D. Pouyaud, « Contrats entre personnes publiques », *J-CI Adm.*, 1998.

447 - F. Rolin, « Accords de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques », thèse, Paris II, 1997. E. Fatôme et J. Moreau, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 142 ; B. Stirn, « Le juge administratif et les contrats conclus entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 139.

448 - Voir par exemple A.S. Mescheriakoff, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA*, 1997, p. 1130.

449 - G. Hubrecht, « Les contrats de service public », thèse, Bordeaux, 1980, G. Hubrecht et F. Melleray, « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique, retour sur les contrats de service public », *Mélanges Guibal*, vol. I, p. 809.



service public (cf. par exemple 5.3) et celui qui l'associe au service public⁴⁵⁰ (cf. par exemple 5.1.1). S'y ajouterait le contrat de mandat de service public, dont beaucoup s'accordent à penser qu'il demeure trop peu étudié.

- S'agissant des marchés publics, il n'est pas rare non plus de les classer selon leur objet conformément aux articulations retenues dans la loi de 1937 : marché public de travaux, de fournitures, de services, ou d'entreprise⁴⁵¹...

- La jurisprudence administrative la plus récente attache une importance primordiale à l'objet du contrat, son mode de financement ne jouant plus qu'un rôle secondaire (CE, Ass., 4 mai 2005, *Soc. J-C Decaux*, rec. p.476 et 478).

L'ensemble précédent, constitué par les marchés publics, les délégations de service public et les contrats de partenariat, forme une sous-catégorie des contrats administratifs que beaucoup s'accordent à appeler la « commande publique »⁴⁵² à la lueur de la jurisprudence constitutionnelle. F. Llorens propose ainsi une typologie des contrats relatifs à la commande publique⁴⁵³.

- Charles Debbasch et Frédéric Colin, dans leur *Droit administratif*, distinguent pour leur part les marchés publics et accords-cadres, les délégations de service public, les offres de concours, le louage de services et les contrats de partenariat.

- En dehors de la classification liée à la procédure de passation du contrat (cf. 7.4.1.5), le droit communautaire retient pour l'instant une seule classification des contrats, tirée de leur objet, voire de leurs effets. Ce droit privilégie les critères matériels ou fonctionnels et ne tient aucun compte des critères organiques, ce qui le différencie nettement de l'approche française traditionnelle du contrat administratif dans laquelle les critères organiques ou les concepts liés au service public jouent encore un grand rôle (cf. 7.1.1.1).

La seule catégorie fermement délimitée par le droit européen est celle des marchés publics, qui est en outre extensive par rapport à la définition française du marché public (cf. 10.1.1.3 et 13.3.1).

L'article 1^{er} de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 distingue dans cet ensemble cinq sous-catégories définies par leur objet : les marchés publics de travaux, les marchés publics de fournitures, les marchés publics de services, la concession de travaux publics et la concession de services⁴⁵⁴.

450 - J. Chevallier, « L'association au service public », *JCP*, 1974, p. 2667.

451 - Ce type de marché, qui n'existe plus, permettait à une collectivité publique de confier l'exploitation d'un service public à un tiers, la collectivité rémunérant directement le prestataire.

452 - Cette notion, floue, est cependant elle-même encore discutée : elle inclut les marchés publics et tous les autres contrats portant sur l'achat d'une prestation ou d'un ouvrage à un tiers. La DSP et le contrat de partenariat ne rentreraient pas nécessairement dans cette notion, selon certains auteurs.

453 - F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, mai 2005, p. 12.

454 - L'article 16 définit aussi des exclusions, comme celle qui concerne les marchés publics de services, qui ont pour objet l'acquisition ou la location d'immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens.



Les concessions ont fait l'objet d'un projet de directive spécifique, dont le sort est aujourd'hui incertain (cf. 13.3.1.2), car l'article 17 de la directive 2004/18 précise que celle-ci ne s'applique pas aux concessions de services.

Une autre catégorie est en cours d'identification par le droit communautaire mais sans avoir fait l'objet d'une législation propre ou d'un texte contraignant : les contrats de partenariat (cf. 13.3.1.4).

En dehors des marchés et des concessions – qui sont moins éloignées des précédents qu'en France – et des contrats de partenariat, la Communauté européenne ne reconnaît formellement aucune autre catégorie de contrats.

La typologie communautaire des contrats publics telle qu'elle se dessine aujourd'hui englobe donc, avec des ventilations différentes, le même ensemble de contrats qu'en France la commande publique. Elle ignore pour le moment tous les autres types de contrat administratif et fonctionne sur un mode binaire : la catégorie des marchés publics est la catégorie principale et englobante, celle des concessions, l'accessoire⁴⁵⁵. Ce qui ne relève ni de l'une ni de l'autre est soumis à un régime juridique qui couvre tous les autres contrats publics (cf. 10.1.1.3). Le paysage des contrats communautaires apparaît ainsi plus simple que le paysage français, cette simplicité posant en elle-même le problème de leur articulation (cf. 13.3.1).

7.4.1.3. Selon le lien avec l'intérêt général

Dans son ouvrage de référence⁴⁵⁶, Laurent Richer retient une classification des contrats administratifs selon la nature du lien constaté avec l'intérêt général. Trois catégories peuvent ainsi être distinguées : les « contrats d'encadrement » définissant des règles générales en vue de l'exercice d'une activité d'intérêt général ; les « contrats-moyens » destinés à permettre au service public d'assumer ses missions d'intérêt général ; les « contrats-buts » qui visent à réaliser un but d'intérêt privé qui coïncide au moins en partie avec l'intérêt général.

Parmi les contrats d'encadrement, figurent par exemple les contrats de Plan (cf. 4.1) ou les conventions médicales (cf. 2.2.1). Les contrats-moyens permettent à l'administration de mobiliser les moyens humains et matériels nécessaires à son action : par exemple le recrutement d'agents contractuels (cf. 1.3.2) ou l'achat de fournitures à travers les marchés publics (cf. 1.1.1). Quant aux contrats-buts, ce sont principalement les contrats d'aide aux personnes privées : subventions aux entreprises (cf. 3.1.1), aux établissements privés d'enseignement (cf. 5.1.1) ou aux associations, et les conventions d'occupation du domaine public (cf. 1.1.2) par exemple.

455 - Rapport public du Conseil d'État, *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, La Documentation française, 2002, p. 294 et suiv.

456 - L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2006, p. 68-88.



7.4.1.4. Selon le mode de formation

Si le contrat se caractérise en principe par une phase préalable de négociation (cf. 7.2.1), **tous les contrats administratifs ne donnent pas lieu à une discussion relative à leur contenu : celui-ci est parfois largement prédéterminé et non négociable**. Pour caractériser ces situations, deux catégories spécifiques particulièrement éclairantes sont utilisées : **le contrat-type et le contrat d'adhésion**⁴⁵⁷.

• 7.4.1.4.1. Le prêt-à-porter en matière de contrat : le contrat-type

Si la liberté contractuelle fait partie des libertés fondamentales reconnues aux personnes publiques et privées et protégées par la Constitution (cf. 10.1.2.1), elle suscite une certaine crainte dans un État de tradition centralisatrice. N'étant pas non plus une liberté absolue, elle est fréquemment encadrée par une série de dispositifs (approbation préalable; contrôle de légalité; faculté d'opposition...) qui la canalisent et évitent qu'elle ne s'exerce dans une direction imprévue ou inappropriée, notamment au regard du principe d'égalité des citoyens devant la loi.

L'un de ces dispositifs, le plus efficace, consiste à standardiser le contenu du contrat afin d'éviter tout débordement et d'assurer un traitement identique ou uniforme à chaque administré. Adoptés par loi, décret, arrêté ou circulaire, les contrats-types sont souvent rendus obligatoires pour toutes les autorités administratives et tous les signataires de contrats particuliers⁴⁵⁸. Cette pratique est fréquente dans un nombre impressionnant de matières⁴⁵⁹ : les marchés publics

457 - G. Dereux, « Les contrats d'adhésion », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 503. L. Duguit déniait au contrat d'adhésion sa qualification de contrat : « *Le contrat d'adhésion paraît être, en réalité, un acte unilatéral* », in *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 272.

458 - Même si un acte-type n'est généralement pas exécutoire par lui-même, le Conseil d'État a admis la recevabilité de recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes-types dont le contenu est rendu obligatoire ou s'impose lors de la conclusion de contrats particuliers (CE, Ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, Recueil Lebon, p. 294, CJEG, 1961, p. 175, concl. G. Braibant, note P. Teste et L. Chaudouard ; CE, 13 mai 1987, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, p. 530, *Dr. Soc.*, 1983, p. 749, concl. J. de Clausade). La jurisprudence considère en revanche que les simples modèles d'actes sont assimilables à une mesure d'ordre intérieur, insusceptible de recours (CE, 16 février 1977, *Galosiaux*, tab. p. 824, pour le modèle-type d'une concession de plage naturelle).

459 - Elles ne se limitent pas à la sphère contractuelle du droit public ni d'ailleurs au droit public : Pierrette Rongère, *Le procédé de l'acte-type*, LGDJ, 1968. L'acte-type vise « *l'hypothèse dans laquelle l'auteur d'un acte juridique (...) est invité, pour la rédaction de cet acte, à reproduire le texte d'un modèle établi par un tiers* ». L'auteur fait observer que cette technique est employée dans les domaines où l'intervention publique s'est accrue : la sécurité sociale, l'économie mixte, la réglementation des professions. Avant lui, d'autres auteurs (R. Maspétiol et P. Laroque, *La tutelle administrative*, Sirey, 1930) avaient pointé que le procédé de l'acte-type permettait d'encadrer la décentralisation et l'exercice de la liberté locale. La Commission européenne, ayant constaté à son tour que les clauses et contrats-types favorisaient l'harmonisation du droit et réduisaient les coûts, a également, pendant une courte période (cf. 10.1.1.2 et annexe 2), encouragé leur emploi à l'échelle de l'Union européenne. Son plan d'action du 12 février 2003 visait notamment à promouvoir l'élaboration de clauses et conditions contractuelles types applicables dans l'ensemble de l'Union.



avec le cahier des clauses administratives générales⁴⁶⁰, les concessions de mines ou de distribution d'énergie électrique avec des cahiers des charges-types, l'occupation du domaine public, le recrutement d'agents contractuels au sein de certaines administrations, l'exploitation d'établissements médico-sociaux, les statuts-types des associations réclamant la reconnaissance d'utilité publique, des sociétés d'économie mixte ou des fédérations sportives agréées ou délégataires, la convention constitutive-type des agences régionales de l'hospitalisation prévue par le décret n°96-1039 du 29 novembre 1996, les conventions de mise à disposition de services intervenues en application de la loi du 2 mars 1982⁴⁶¹, les contrats d'association proposés aux établissements d'enseignement privé en vertu de la loi Debré de 1959 (cf. 5.1.1)... Même les formations administratives du Conseil d'État recourent depuis la fin du XIX^e siècle au procédé du contrat-type⁴⁶² : la section de l'intérieur utilise les statuts-types de l'association ou de la fondation reconnue d'utilité publique pour se prononcer sur la reconnaissance d'utilité publique.

Deux exemples récents illustrent l'usage assez répandu de cette technique en droit administratif⁴⁶³ : les contrats territoriaux d'exploitation (CTE) et les contrats Natura 2000. Les CTE, qui visent à combiner production agricole, création d'emplois et respect de l'environnement, sont des contrats administratifs en vertu de la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999 (article L. 311-3 du code rural). Le préfet arrête un ou plusieurs contrats-types après avis de la commission départementale d'orientation agricole, chacun d'eux étant constitué de mesures-types en vertu de l'article R. 311-2 du code, les mesures types étant à leur tour précisées dans un cahier des charges. L'agriculteur qui souhaite signer un CTE choisit donc les mesures types qu'il veut inclure dans son propre contrat mais ce dernier doit être compatible avec l'un des contrats-types approuvés par le préfet. La liberté contractuelle est donc fortement encadrée. Les contrats Natura 2000, passés en vertu du code de l'environnement⁴⁶⁴ comportent pour les signataires (exploitants agricoles, chasseurs...) des engagements conformes aux orientations définies par un document d'objectifs et prévoient les prestations à fournir

460 - Les documents généraux étaient constitués, d'après les décrets du 21 janvier 1976, du cahier des clauses administratives générales (CCAG), qui fixe les dispositions administratives applicables à toute une catégorie de marché, et du cahier des clauses techniques générales, qui fixe les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature. Les documents particuliers étaient constitués du cahier des clauses administratives particulières, destiné à fixer les dispositions administratives propres à chaque marché, et du cahier des clauses techniques particulières, qui fixe les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché. Il comporte notamment le devis, les spécifications relatives à la qualité des matériaux ou des matières premières utilisées et le bordereau des prix. Les CCAG ne figurent plus depuis 2001 dans les pièces constitutives obligatoires des marchés (article 12 CMP), même s'ils restent fréquemment employés. En cours de refonte, ils feront désormais l'objet d'une approbation par arrêté ministériel.

461 - La convention-type figure dans un décret du 15 mars 1982.

462 - Le premier statut-type date du 22 novembre 1883 pour les associations et du 23 mars 1896 pour les fondations.

463 - Le contrat-type est également largement utilisé en droit civil, en particulier par les grandes entreprises. Son avantage est de rendre rapide la rédaction du contrat et de réduire les coûts de transaction. Il minimise aussi les problèmes d'interprétation nés de la multiplicité des contrats.

464 - Articles L. 414-1-V et L. 414-3 du code.



en contrepartie des aides versées par l'État. Ici, c'est le document d'objectifs (dit «DOCOB») qui enserme la liberté contractuelle dans une logique de conformité.

• 7.4.1.4.2. *Le contrat d'adhésion*

Le contrat d'adhésion, qui se trouve souvent être aussi un contrat-type⁴⁶⁵, vise à orienter l'action des administrés dans un sens déterminé, conforme aux objectifs d'une politique publique. Il apparaît comme une formule privilégiée par l'administration pour obtenir un soutien minimum lorsqu'une politique publique risque de se heurter aux résistances d'une catégorie de citoyens.

Un bon exemple en est fourni par la loi n°2002-322 du 6 mars 2002 relative à la rénovation des rapports conventionnels entre les professions de santé libérales et les organismes d'assurance maladie (cf. 2.2.1). Cette loi invite ces professionnels à signer avec leur caisse un contrat de bonne pratique, qualifié de contrat d'adhésion : il repose sur l'adhésion individuelle des praticiens⁴⁶⁶ et sur l'incitation à s'implanter dans des zones encore sous-médicalisées et à participer à des actions de prévention, à la permanence ou à la coordination des soins. Ce contrat de santé publique comporte des obligations et des contreparties réciproques. Et son objet est d'adapter l'exercice de l'activité médicale aux caractéristiques de certaines zones où elle s'exerce : le milieu rural ; les stations de sport d'hiver ; les zones franches urbaines. Le suivi global du contrat fait appel à des indicateurs prédéfinis.

Le contrat d'adhésion a également été utilisé pour faire accepter les contrats Natura 2000 et les CTE, évoqués ci-dessus, auprès des agriculteurs et des chasseurs qui manifestaient une vive hostilité à l'encontre des deux directives européennes du 2 avril 1979 relatives à la conservation des oiseaux sauvages et du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages. Comme le souligne la circulaire du 3 mai 2002 relative à ce contrat prise à la suite de la transposition de la directive «habitats» de 1992 par l'ordonnance du 11 avril 2001 : *« Pour faciliter la prise en compte des modalités de gestion prévues dans les DOCOB, dans le cadre de l'approche contractuelle privilégiée par la France pour la mise en œuvre de Natura 2000, il importe de rendre le plus attractif possible le dispositif de financement des mesures contractuelles prises à ce titre, dans le but d'emporter l'adhésion des acteurs locaux et d'assurer une contractualisation forte pour Natura 2000. Il a ainsi été décidé la mise en place d'incitations financières fortes sur les sites Natura 2000, ce qui devrait constituer un véritable atout à valoriser dans les concertations »*. Cet exemple illustre, aux yeux d'une partie de la doctrine, le prix à payer par une collectivité publique lorsqu'elle renonce à user de ses prérogatives unilatérales au profit du contrat⁴⁶⁷.

465 - Si tout contrat-type appartient à la catégorie des contrats d'adhésion, la réciproque n'est pas vraie. Des contrats d'adhésion peuvent donc aussi mettre en œuvre la formule du contrat-type, comme les deux contrats étudiés ici.

466 - Le contenu de ce contrat est précisé à l'article L. 162-12-20 du code de la sécurité sociale. Il donne lieu à une rémunération forfaitaire du praticien.

467 - P. Janin, « Sur certains aspects récents de la contractualisation de l'action publique », Communication présentée le 25 octobre 2002 lors des 6^{es} rencontres juridiques organisées par la faculté de droit de l'université Lumière-Lyon 2 et le conseil général du Rhône sur « Actualité du droit des contrats publics ».



7.4.1.5. Selon la procédure de passation

La passation de certaines familles de contrats administratifs est enserrée dans des règles très codifiées (cf. 7.2.2), en particulier celle des marchés publics (cf. 1.1.1). Pour caractériser ces familles et les règles de passation auxquelles elles sont assujetties, la doctrine s'est souvent référée soit à l'objet du contrat, soit au mode de rémunération du cocontractant.

Le mode de rémunération du cocontractant continue à jouer un rôle significatif dans la typologie des contrats publics, même s'il est considéré comme déclinant (cf. 7.4.1.2). La rémunération du cocontractant par un prix définit en effet le marché public (cf. 1.1.1) et, en creux, la délégation de service public. Celle-ci ne se caractérise plus par la perception de redevances sur l'usager mais par la perception de recettes d'exploitation et donc par la prise d'un certain risque économique (cf. 1.2.1).

En ce qui concerne le mode de passation, jusqu'à sa suppression en 2001, l'adjudication était la règle et le marché de gré à gré l'exception. L'appel d'offres est alors devenu la procédure de droit commun. Les procédures de passation, et la typologie qui en découle, ont été profondément modifiées par le droit communautaire et par l'évolution récente du droit national.

- La directive communautaire 2004/18 du 31 mars 2004 identifie désormais⁴⁶⁸ cinq procédures distinctes :
 - les procédures ouvertes⁴⁶⁹, qui permettent à tout opérateur économique de présenter une offre ;
 - les procédures restreintes auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre ;
 - le dialogue compétitif au cours duquel le pouvoir adjudicateur dialogue avec les candidats admis pour développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins complexes et sur la base desquelles les candidats sélectionnés remettront une offre ;
 - les procédures négociées dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ;
 - le concours.

La directive précise également les hypothèses dans lesquelles il peut ou doit être recouru à chacune de ces procédures (article 31 notamment).

- Le code des marchés publics (articles 33 à 38) ayant transposé cette directive, il y a en principe une parfaite articulation entre droit national et droit communautaire quant à la procédure de passation des marchés publics.

Il faut toutefois souligner que ce code a conservé le marché de conception-réalisation (article 37) comme une variété du marché de travaux dont on ne trouve pas

468 - Articles 1^{er}, définitions. 11 et articles 28 à 31.

469 - Selon cette procédure, la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociations, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.



l'équivalent en droit communautaire. Alors que la directive 2004/18 ne prévoit qu'une seule modalité permettant la participation de l'opérateur économique à la définition technique du projet, le CMP en prévoit deux : le concours (article 38), également prévu par la directive, et le marché de définition, qui trouve son origine dans la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique de juillet 1985.

Selon la première, le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer le marché à l'un des lauréats du concours.

Selon le second, la collectivité recourt à des prestataires extérieurs pour explorer des pistes et les définir. Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur les études de conception et l'exécution des travaux. Sa procédure de passation est organisée par l'article 69 du code des marchés publics. La Commission avait estimé, dans une mise en demeure du 18 octobre 2004, que ce marché méconnaissait l'article 7 § 1 de la directive 1993/37/CEE, au même titre que le marché de définition. Le CMP (article 69) ayant été modifié en 2006 en précisant que ce type de marché restait soumis à une procédure d'appels d'offres restreinte, la Commission a mis fin à la procédure en ce qui concerne le marché de conception-réalisation mais l'a maintenue pour le marché de définition (cf. 13.3.1.3).

La majorité des marchés publics en nombre est aujourd'hui passée selon la procédure ouverte : 102 163 sur 178 735 en 2006. En valeur, le tableau est légèrement différent : les 27 893 marchés négociés pèsent 20 milliards d'euros et les 102 163 marchés passés selon la procédure ouverte 32 milliards.

- Pour répondre à des besoins particuliers, la directive communautaire 2004/18 définit aussi trois processus d'acquisition : l'accord-cadre, le système d'acquisition dynamique et l'enchère électronique.

Le code des marchés publics comporte également des dispositions relatives à la passation ou à la conclusion de certains marchés ou contrats spécifiques : le marché de définition⁴⁷⁰, le marché de maîtrise d'œuvre⁴⁷¹, l'accord-cadre, le marché à bons de commande et le système d'acquisition dynamique...

Parmi elles, trois concernent les achats récurrents : l'accord-cadre, le marché à bon de commande et le système d'acquisition dynamique.

L'accord-cadre définit les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ; il permet de sélectionner un certain nombre d'opérateurs

470 - Son régime, défini à l'article 73 du code des marchés publics, fait l'objet de débats avec les autorités européennes (cf. 13.3.1).

471 - L. Richer, *op. cit.*, p. 476-496. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre, liée à des missions d'ingénierie et d'architecture, obéit à une procédure spécifique de négociation, issue de la loi n° 85-504 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. Elle est aujourd'hui détaillée à l'article 74 du code des marchés publics.



économiques auxquels il peut, après mise en concurrence, être fait appel au fur et à mesure de la survenance des besoins. Le marché à bon de commande permet, quand les besoins d'achat ne sont pas connus d'avance avec précision, d'exécuter le marché au fur et à mesure de l'émission de bons de commande, sans remise en concurrence préalable des titulaires du marché. Le système dématérialisé d'acquisition dynamique permet d'acheter les fournitures courantes selon une procédure entièrement électronique. Le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative.

7.4.2. Les fonctions du contrat en droit administratif

À la lumière des développements précédents sur la définition, les spécificités et le régime juridique des contrats administratifs et des typologies ci-dessus, on peut esquisser une synthèse des raisons pour lesquelles l'administration recourt au contrat, des différents buts ou objets poursuivis, des différentes fonctions assignées à la démarche contractuelle. L'exercice reste néanmoins de portée limitée dans la mesure où l'inventaire dressé en première partie du rapport montre que la finalité et la fonction du contrat varient selon les domaines et que ses modalités d'utilisation, pertinentes dans l'un, ne le sont pas forcément dans un autre.

Si l'on retrouve naturellement en droit administratif les fonctions traditionnellement assignées au contrat en droit civil, bien d'autres s'y sont superposées qui contribuent à expliquer l'ascension déjà décrite du contrat, mais aussi les problèmes juridiques que cette dernière a suscités.

7.4.2.1. Les fonctions traditionnelles du contrat

Le contrat sert, en droit administratif comme ailleurs, à gérer, à organiser, à conforter des droits et à régler des conflits. La circonstance qu'il régisse des services publics n'altère en rien ces quatre fonctions premières.

Le contrat sert de **support à l'échange marchand** (cf. 1.1.1) ou à l'intervention économique de la puissance publique (cf. 3.1.1), c'est-à-dire à gérer ses opérations quotidiennes et l'interface avec le marché.

Le contrat concourt aussi à **organiser les services publics**. Il fait en effet partie des remèdes réels ou supposés à la complexité et au cloisonnement de l'appareil politico-administratif inhérents à l'État, aux administrations et aux grandes organisations⁴⁷². On en a vu quelques exemples avec l'aménagement du territoire ou du système de santé. Le contrat sert ici essentiellement à organiser des relations horizontales ou transversales de coopération à l'intérieur de la sphère publique ou entre la sphère publique et son environnement, privé notamment. Il complète le règlement ou le pouvoir unilatéral d'organisation du service qui structure surtout les relations verticales ou hiérarchiques à l'intérieur de la sphère publique. Le contrat permet de fixer des objectifs à long terme communs à plusieurs services ou personnes publiques ou privées dans le cadre de

472 - L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2002, p. 50.



partenariats⁴⁷³, de mobiliser des financements croisés sur une longue période, de partager des moyens et d'organiser des coopérations, de constituer et de faire vivre des réseaux, d'introduire de la souplesse là où prévalent les rigidités... C'est un contrat d'association ou de coopération entre partenaires égaux en vue de produire ou d'atteindre un résultat ou un but défini en commun⁴⁷⁴. Il est de plus en plus fréquemment utilisé car, du fait du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, la décentralisation a conféré une légitimité nouvelle à ces collectivités. Ce contrat de coopération déborde néanmoins très nettement le cercle des collectivités publiques puisqu'il sert en particulier de support pour associer des partenaires privés au service public : pour l'État dans le domaine hospitalier ou de l'enseignement ; pour les collectivités territoriales, dans les domaines éducatif, social, médico-social, sportif et culturel. Au-delà, il contribue à faire tomber les barrières entre secteur public et secteur privé et sert à associer des entreprises publiques ou privées au service public à travers la délégation de service public pour la fourniture de services de base (eau, électricité, transport...) ou le contrat de partenariat.

Le contrat sert aussi à **solenniser des engagements, à conforter des droits ou à délimiter des partages de responsabilité**. Il tend à **satisfaire à la demande de sécurité juridique** des acteurs économiques ou sociaux qui veulent des garanties sur le contenu de leurs droits et de la visibilité sur leur durée (cf. 1.1.2), que n'apporte pas un acte unilatéral susceptible d'abrogation à tout moment s'il n'est pas créateur de droits.

Le contrat contribue enfin à **la prévention du conflit individuel ou collectif et à l'organisation de la sortie du conflit**. Cette fonction courante en droit civil ou commercial – qu'assure par exemple le protocole de sortie de grève dans le secteur privé – se retrouve naturellement dans le secteur public. Par exemple, pour sortir d'une situation de paralysie qui menaçait les universités en novembre 2007, le Gouvernement a signé en urgence le 28 novembre 2007 avec le président de la conférence des présidents d'université un « protocole-cadre » « pour la réussite des universités » qui prévoit 5 milliards d'euros de crédits budgétaires supplémentaires pour l'enseignement supérieur entre 2008 et 2012.

La fonction de prévention ou de résolution du conflit se retrouve aussi à l'arrière-plan des conventions médicales (cf. 2.2.1). Le législateur a en effet vu dans la convention le meilleur moyen de concilier la sauvegarde de la médecine libérale et l'intervention publique dans la fixation des honoraires, sachant que les relations entre les caisses de sécurité sociale et le corps médical sont profondément conflictuelles car leurs intérêts sont opposés. Toute l'histoire de ces conventions est d'ailleurs marquée par des controverses juridiques incessantes (cf. 12.2.2).

473 - Certains auteurs estiment aussi que dans les sociétés complexes contemporaines l'action publique requiert le partenariat et que « *le montage d'actions partenariales est devenu une activité fondamentale de l'administration* » (P. Duran, *Penser l'action publique*, LGDJ, coll. « Droit et société », n° 27, 1999, p. 128).

474 - À ce titre, le contrat sert aussi à combiner des normes juridiques différentes lorsqu'il met en présence des personnes soumises à des régimes juridiques différents. Voir sur ce point J.-G. Belley, « Les contrats comme vecteur du pluralisme juridique », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, n° 72, Bruxelles, 1996, p. 362 et suiv.



Cette fonction de support à la résolution des conflits recouvre aussi les substituts à l'intervention du juge et la recherche de solutions négociées à un conflit : on l'a rencontrée avec la transaction fiscale (cf. 3.2.4), qui n'est qu'une variété de la transaction administrative⁴⁷⁵. Largement admise par la jurisprudence du Conseil d'État au profit des ministres en ce qui concerne l'État⁴⁷⁶, elle a été ouverte aux établissements publics par leurs statuts⁴⁷⁷ et pleinement reconnue aux collectivités territoriales à la faveur des lois de décentralisation (article L. 122-19 7° de l'ancien code des communes⁴⁷⁸, article 46 16° de la loi du 10 août 1871 pour le département). Elle est d'ailleurs couramment utilisée par les administrations dans des contentieux de masse comme le recouvrement des créances fiscales et douanières, l'indemnisation des refus de concours de la force publique pour expulser des locataires ou des préjudices résultant des accidents de la circulation⁴⁷⁹. La transaction, qui est un contrat régi par les articles 2044 et suivants du code civil⁴⁸⁰, doit comporter à ce titre des concessions réciproques et se trouve soumise au contrôle du juge en cas de demande d'homologation⁴⁸¹. Cette dernière peut être sollicitée alors même qu'il n'existe aucune difficulté entre les parties⁴⁸².

7.4.2.2. Les autres fonctions du contrat

Mais le contrat remplit désormais bien d'autres fonctions.

Le contrat répond à la préférence affichée de nos jours pour la concertation comme mode de gouvernement. Dans cette hypothèse, il arrive que **la négociation soit privilégiée par rapport à son débouché, la conclusion du contrat**

475 - J.-B. Auby, « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1. A. Lyon-Caen, « Sur la transaction en droit administratif », *AJDA*, 1997, 48, in *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif*, Dossier.

476 - CE, 22 juin 1883, *Ministre de la marine c/ Corbet*, rec. p. 589 ; 17 mars 1893, *Cie du Nord, de l'Est et autres*, rec. p. 245 aux concl. Romieu.

477 - Sur la possibilité pour les établissements publics de transiger, voir l'avis du Conseil d'État du 21 janvier 1997 (Les grands avis du Conseil d'État, 2^e édition, n° 39, p. 403 au sujet des chambres d'agriculture).

478 - L'autorisation de transiger n'a été reconnue aux communes que par un décret du 5 novembre 1926.

479 - Les études du Conseil d'État, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993. Ce rapport chiffre à plusieurs dizaines de milliers le nombre annuel de transactions signées par les services de l'État.

480 - Le Tribunal des conflits vient de rappeler que la transaction conclue par une personne publique est, en principe, un contrat de nature civile dont l'homologation relève du juge judiciaire, sauf si elle met en œuvre des prérogatives de puissance publique ou aboutit à la participation du cocontractant à une mission de service public (cf. 7.1.1.1), et hormis le cas où il est manifeste que les différends sont principalement de la compétence du juge administratif (TC, 18 juin 2007, *Soc. Briançon Bus et M. B.*, requête n° 3600, *Dr. Adm.*, 2007, n° 11, 156, p. 30, note F. Melleray).

481 - CE, Sect., 19 mars 1971, *Mergui*, rec. p. 235 avec concl. M. Rougevin-Baville.

482 - CE, Ass., 6 décembre 2002, rec. p. 433, *Syndic intercommunal établissements du second cycle du second degré du district de l'Hajj-les-Roses*, Recueil Lebon, p. 433, concl. G. Le Châtelier, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2007, n° 72 ; CE, 4 avril 2005, *Soc. Cabinet JPG Ingénierie*, rec. p. 139, *BJCP* n° 40, 2005, p. 229, concl. Boulouis, *AJDA*, 2005, p. 1403, note P. Cassia, *Dr. Adm.* août-septembre 2005, p. 35, note A. Ménéménis. Si l'homologation est refusée, la transaction est déclarée nulle. Ayant l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, une transaction définitivement conclue fait obstacle à tout recours juridictionnel (CE, Sect., 5 janvier 1966, *Hawezeck*, rec. p. 6, *a contrario*).



lui-même ou son contenu final apparaissant secondaires⁴⁸³. C'est le contrat incantation, le contrat alibi ou mise en scène qu'on rencontre parfois, par exemple, dans la négociation du secteur public. En ouvrant des négociations salariales dans la fonction publique, l'État employeur honore un rendez-vous régulier mais aboutit rarement : aucun accord salarial n'a été conclu depuis une dizaine d'années dans la fonction publique d'État⁴⁸⁴. À l'heure actuelle, chaque partenaire joue son rôle supposé ou attendu : l'État décide et les syndicats obtiennent des concessions. Pour ces raisons, la négociation reste souvent, dans le secteur public, théâtrale : l'important est de se réunir mais pas de conclure car, dans une négociation, chacun apprend à se connaître et à mesurer les rapports de force⁴⁸⁵. L'intensité et les résultats de la négociation y sont donc bien moindres que dans le secteur privé (cf. 2.1).

Le contrat sert quelquefois **d'outil de clarification de la norme publique ou de l'action publique**. Les collectivités publiques y recourent parfois pour expliquer la loi et afficher les comportements attendus des citoyens (RMI, PARE, CAI, CRP...). La loi étant devenue inaccessible aux catégories visées car instable, complexe et illisible, sa réécriture dans un contrat permettra, croit-on, de surmonter le discrédit qui la frappe aux yeux d'un nombre élevé de citoyens : recourir au contrat les réconciliera avec la norme en établissant avec celle-ci un rapport plus direct, en la rendant plus facilement intelligible. Si l'on admet la pertinence de cette explication, on saisit immédiatement l'engrenage dans lequel l'élaboration de la norme se trouve précipité : de plus en plus de lois imparfaites ont pu générer de plus en plus de contrats pédagogiques pour contrebalancer leurs effets pervers. Loi et contrat seraient ainsi entrés dans un rapport de prolifération réciproque auto-entretenu.

Le contrat est utilisé comme support pour énoncer **des objectifs politiques** (« contrat de gouvernement », « contrat de législature », « contrat de mandature »)

483 - Voir sur ce point la doctrine civiliste qui souligne également, parallèlement à la contractualisation, le regain d'intérêt pour la « procéduralisation » et la place de la négociation en amont du contrat (P. Lociek, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in *Les évolutions du droit* (Contractualisation et procéduralisation), Universités d'été 2000-2001 du barreau de Rouen, Publications de l'université de Rouen, 2004, p. 177 et suiv. On peut aussi mentionner à ce titre l'intérêt récent pour l'accord de méthode en droit social (J. Barthélémy, *La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel*, notes Thomas du Commissariat général du Plan, février 2004 : « Dans la perspective de l'organisation de l'autonomie de l'accord collectif, ces règles de procédure sont tout aussi importantes que l'exigence de légitimité que consacre l'accord majoritaire »).

484 - Les réunions servent surtout de tribune pour faire connaître et diffuser les positions respectives, pour la plupart déjà connues, ou les désaccords. Le contrat collectif reste utilisé avec parcimonie par un État qui trouve plus expédient, surtout en période de déficit budgétaire structurel, de maîtriser complètement les règles du jeu de la fonction publique et de pouvoir les modifier unilatéralement, sans avoir besoin d'un accord préalable des représentants des salariés. En même temps, les organisations syndicales, fréquemment divisées sur le sujet, restent réticentes à l'idée de développer outre mesure les accords dans la fonction publique par crainte d'avoir à « cogérer l'État ». Au final, le blocage des négociations salariales a des répercussions sur les autres aspects de la négociation sociale et contribue à expliquer le décalage déjà constaté sur ce point entre secteurs public et privé.

485 - La conception chinoise du contrat n'en est pas très éloignée : ce qui compte c'est la négociation, au cours de laquelle on apprend à se connaître et vérifie si on peut se faire confiance, et non pas le résultat final.



ou des programmes publics particuliers ou sectoriels (contrats de plan, contrats avec les entreprises publiques, contrats d'aménagement du territoire...). S'il comporte des engagements, ce sont pour l'essentiel des engagements unilatéraux croisés après concertation. C'est le **contrat programme ou le contrat d'intention** qui focalise la volonté sur un objet précis et à moyen terme.

Le contrat est parfois utilisé dans la sphère publique pour s'affranchir des règles contraignantes du droit public et mettre à profit le formalisme réduit exigé pour conclure un contrat. C'est le **contrat facilité**. On en trouve trace dans le recours fréquent aux agents contractuels à la place de fonctionnaires dans la fonction publique ou au contrat associatif pour gérer des services publics sous l'empire du droit privé par préférence au droit public (avec le phénomène des associations, faux-nez de l'administration, qui encaissent des recettes ou reçoivent des subventions pour payer ensuite des dépenses publiques). Le recours au contrat facilité est d'autant plus aisé et tentant pour l'administration que celle-ci définit elle-même le droit applicable au contrat, public ou privé, selon les clauses qu'elle y insère, et choisit donc ainsi d'avance son juge.

Usage plus vertueux, le contrat est devenu **un outil de pilotage de l'action publique** en formalisant des objectifs de gestion et des indicateurs de performance ou d'évaluation en contrepartie des moyens alloués. Les COG et autres contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens caractérisent le passage d'une tutelle classique à une relation contractualisée, partant d'une analyse des besoins puis déclinant des objectifs et des moyens et comportant *in fine* une procédure d'évaluation. Ils s'articulent avec la loi annuelle de financement de la sécurité sociale ou des lois de programmation. C'est le **contrat outil de management public ou de réforme du secteur public**.

Le contrat facilite la modification de la norme publique ou l'inflexion de l'action publique. Il est devenu **l'outil d'accompagnement et de gestion des transitions** entre des situations individuelles ou collectives successives ou entre des générations successives de normes, d'organisations, de régulations ou de systèmes, que l'acte unilatéral n'appréhende pas facilement, sauf par des mesures transitoires. L'expérimentation et son support contractuel permettent d'anticiper, de préparer une adaptation des dispositions législatives aux réalités en fonction de résultats vérifiés à l'occasion d'une application sur un terrain délimité. Le recours au contrat pour redessiner la carte administrative et les compétences des différentes collectivités relève exactement de cette hypothèse : la France a délaissé dans les années 1980 le modèle jacobin pour entrer dans un nouveau modèle, encore indéterminé, d'organisation territoriale. Il donne aux collectivités la faculté de recourir à des solutions souples et expérimentales. Son ascension est, dans ce domaine, inséparable d'une période de reconfiguration des pouvoirs et des compétences. Et son utilisation appelle, sur ce plan, des observations analogues à celles formulées sur le rôle de l'expérimentation (cf. 1.5) ou de la gestion des transitions professionnelles (cf. 2.3.2).

Le contrat constitue pour finir un procédé commode pour les pouvoirs publics en vue d'obtenir la reconnaissance du bien fondé de leur action et d'en assurer la labellisation : « je contractualise, donc je suis ». Le contrat conclu avec la puissance publique joue ici **un rôle symbolique de légitimation politique ou sociale, nationale, régionale ou locale**, selon le degré de légitimité politique de la collectivité qui le signe. La puissance publique, par le recours au contrat, continue à se poser en dispensateur de la reconnaissance politique ou sociale à



l'heure où son poids dans l'économie s'est considérablement affaibli et où la maîtrise de la société lui échappe. C'est le **contrat légitimation**⁴⁸⁶. Cet appétit de reconnaissance par des catégories sociales entières sous couvert du contrat (les agriculteurs, les professions médicales ou de santé, les fonctionnaires...) maintient une puissance publique – dont la légitimité est mise en cause – au cœur des relations sociales. On n'explique pas autrement non plus que des milliers d'associations se prêtent chaque année sans rechigner au formalisme de la signature d'une convention pour percevoir une subvention dont la nature n'impliquait pas nécessairement jusqu'en 2000 la conclusion préalable d'un contrat⁴⁸⁷. Les contrats relatifs à l'aménagement du territoire revêtent de même une portée éminemment politique. Leur dénomination de « contrat » ne saurait faire oublier qu'ils s'apparentent davantage à un programme d'action publique qu'à un contrat au sens juridique du terme⁴⁸⁸. À ce titre, la signature du contrat, par sa seule inscription dans le cadre d'une politique publique, vaut souvent, notamment pour les acteurs locaux, reconnaissance par l'État de l'intérêt du projet local et rehausse son importance parmi les investissements publics envisageables.

Sur le plan juridique, il est malaisé de traiter de la même façon tous ces « contrats » qui portent sur des objets dissemblables, qui assurent des fonctions si variées, qui ne comportent pas toujours de véritables engagements et ne prévoient pas nécessairement de sanctions. Une même convention peut d'ailleurs tendre à plusieurs objets et remplir plusieurs fonctions : le contrat de plan État région constitue à la fois un contrat de coopération, de programme et de légitimation politique. L'étalon de mesure du contrat administratif, tel qu'il résulte de la jurisprudence, est devenu trop court pour rendre compte d'une telle extension du champ contractuel et offrir un cadre juridique adéquat à cet usage multifonctionnel

486 - L'argument est pris en compte par le Conseil d'État statuant au contentieux. Dans ses conclusions sur l'affaire *Commune d'Aix-en-Provence* (cf. 5.2 ; CE, Sect., 6 avril 2007, Rec. p. 155), le commissaire du gouvernement F. Séners (*RFDA*, 2007, p. 812) fait ainsi observer que des missions de service public d'initiative complètement privée, notamment en matière culturelle, sont légitimées à l'occasion de la signature d'un contrat, qui n'est ni un marché public ni une délégation de service public. L'avis du 18 mai 2004 de la section de l'intérieur (EDCE 2005, p. 185) avait déjà relevé que la mission exercée par la Cinémathèque ne correspond pas à une dévolution d'un service public de la part de la puissance publique mais s'analyse « en la reconnaissance par l'État du caractère d'intérêt général de l'action menée par l'association ».

487 - Dans son rapport consacré aux associations en 2000, le Conseil d'État avait prôné un financement public davantage contractualisé des activités associatives. Cette recommandation a été reprise par le législateur (article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000) et mise en œuvre par le Gouvernement (décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 et circulaire du Premier ministre du 24 décembre 2002), dessinant un nouveau cadre contractuel pour les relations entre associations et collectivités publiques. Toute subvention publique dépassant 23 000 euros doit ainsi s'accompagner d'une « convention d'objectifs » avec l'organisme qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention. La pratique révèle cependant les dangers de la contractualisation et de sa maîtrise insuffisante. Car le passage de cette relation au moule à contrat qu'est la stipulation, pour paraphraser Duguit, pousse les collectivités publiques à exiger des contreparties au versement de la subvention, ce qui accroît le risque de requalification en marché public (cf. 7.3.3). La contractualisation risque ainsi d'avoir pour effet de rendre résiduel le financement par subvention et de diluer ce qui la caractérise : le soutien sans contrepartie à une initiative née hors de l'administration.

488 - Cette fonction de légitimation politique par le contrat contribue à accroître les doutes relatifs à la qualification juridique des engagements ainsi souscrits (cf. 7.1.2.2).

du contrat⁴⁸⁹. C'est une des composantes bien identifiées de ce que plusieurs auteurs analysent comme une mutation du droit administratif, ouverte par l'essor multiforme de la contractualisation⁴⁹⁰ et qui aboutit à ce que le « contrat » déborde désormais très largement la définition qu'en donne la jurisprudence.

C'est en ayant présent à l'esprit ces usages si variés du contrat qu'il faut maintenant analyser ses relations avec les autres sources de la norme juridique que sont la loi et l'acte administratif unilatéral.

8. Loi et contrat

Quel que soit son objet ou sa fonction, la convention se définit par rapport à la loi ou dans son rapport avec la loi (cf. introduction de la deuxième partie). Le rapport entre loi et convention mérite donc d'être approfondi⁴⁹¹. Un exemple, celui du droit du travail, illustre particulièrement la complexité de ce lien.

La faculté reconnue aux partenaires sociaux, dans certaines limites, de décider par accord collectif, conclu à l'un des trois niveaux traditionnels de la négociation sociale (interprofession, branche ou entreprise), de la norme applicable aux contrats individuels de travail pose avec une acuité particulière la question de l'articulation entre l'accord collectif et la loi. Dans une convention collective, aucune personne morale de droit public n'est partie au contrat et une convention entre personnes morales de droit privé se substitue à la loi ou au règlement ou les inspire.

Ce droit fournit aussi un cas d'école particulièrement intéressant pour la doctrine puisqu'une forme de tripartisme fait partie du paysage social de notre pays. Le tripartisme implique un jeu, souvent subtil, à trois acteurs. En apparence, l'État dispose des meilleures cartes, puisqu'il peut décider de recourir à la loi ou à l'accord collectif et inviter à la négociation, voire même y contraindre. Mais les configurations sont plus variées et tel partenaire social qui s'exprimera fortement sur l'intervention jugée excessive de l'État dans une conjoncture politique ou une négociation données ne verra qu'avantage à cette intervention dans une autre.

Le débat sur la place respective de la loi et du contrat en droit du travail souève, bien au-delà des épisodes de cette relation parfois mouvementée, une vraie question politique : jusqu'à quel point la société reconnaît-elle et encourage-t-elle l'existence d'une sphère sociale autonome par rapport à la sphère politique ? Selon la réponse, il peut être tentant de reconnaître ou de déléguer un pouvoir normatif aux partenaires sociaux, le pouvoir politique se bornant à prendre acte

489 - Sur l'usage multifonctionnel du contrat, voir M. Mekki, *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, à paraître en 2008.

490 - « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? », *Revue de l'Université libre de Bruxelles*, n° 1, vol. 33, 2006.

491 - En droit civil, la loi joue souvent un rôle supplétif de volonté par rapport au contrat. La codification des règles supplétives est donc essentielle pour suppléer aux silences du contrat mais cette question reste débattue en doctrine. Les pays de *Common Law* ont sur ce point une approche différente.



de l'accord négocié⁴⁹², ou au contraire de conserver aux autorités politiques un pouvoir de modification de l'accord conclu.

8.1. La loi avant la convention

Deux hypothèses se présentent à ce titre : le renvoi par le législateur à la convention collective pour déterminer les conditions d'application de la loi et l'invitation faite aux partenaires sociaux de négocier sur un sujet déterminé avec l'intention de reprendre le résultat de la négociation dans la loi.

8.1.1. Le renvoi à des conventions collectives pour l'application de la loi

Deux situations peuvent se rencontrer ici, qui méritent d'être examinées l'une après l'autre.

- Première situation, très fréquente car l'article 34 de la Constitution ne réserve au législateur que la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, la loi renvoie pour déterminer ses conditions d'application soit au contrat, soit au décret. Cette alternative est spécifique au droit du travail⁴⁹³ (cf. 10.2.4) en vertu du principe de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail, énoncé au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

La jurisprudence constitutionnelle l'admet sans difficulté depuis un certain temps : s'il appartient au législateur de déterminer, dans le respect du principe de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail, les conditions et garanties de la mise en œuvre de ce principe (n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, considérant 3, rec. p. 35 ; n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, considérant 10 ; n° 93-328 DC du 16 décembre 1993, considérants 3 et 4, rec. p. 547 ; n° 97-388 DC du 20 mars 1997, considérants 6 et 7, rec. p. 31 ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, considérant 28, rec. p. 33)⁴⁹⁴, il dispose d'un choix totalement discrétionnaire entre l'acte unilatéral et le contrat pour appliquer la loi⁴⁹⁵. Cette faculté est rappelée dans une des plus récentes décisions du Conseil constitutionnel⁴⁹⁶ : « *il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève* ».

492 - Avec le risque de voir la norme sociale édictée par des groupes sociaux poursuivant leurs intérêts professionnels ou corporatistes.

493 - Le Parlement ne peut pas subordonner l'exercice du pouvoir réglementaire à la conclusion de conventions (Cons. const., décision n° 78-95 DC du 27 juillet 1978, considérant 9).

494 - Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, « Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, Décisions et documents du Conseil constitutionnel, jurisprudence », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17.

495 - Voir en ce sens les décisions n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, considérant 11, n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004 et n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005.

496 - Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007 statuant sur la conformité à la Constitution de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.



La loi a ainsi renvoyé au contrat pour définir ses conditions d'application à plusieurs reprises : en ce qui concerne par exemple le droit au temps partiel choisi, la formation des membres des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou le taux de majoration des heures supplémentaires (loi du 13 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi).

L'ouverture de la voie contractuelle pour définir les conditions d'application de la loi peut aussi se réclamer d'une paternité européenne. L'article 137 § 3 du traité CE permet en effet à chaque État membre de confier aux partenaires sociaux nationaux le soin de transposer les directives intervenues dans le domaine social. Pratiquement inutilisé dans notre pays, ce dispositif l'a été en Belgique pour transposer la directive n° 04/45/CE du 22 septembre 1994 relative à l'institution et à la consultation du comité d'entreprise européen⁴⁹⁷. Cette transposition par contrat⁴⁹⁸ confère en théorie une très grande liberté aux partenaires sociaux, l'exercice n'étant contraint que par l'objectif à atteindre. Elle a été reprise dans plusieurs directives entre 2001 et 2003 sur des sujets proches : l'implication des travailleurs dans la société européenne ou dans la société coopérative européenne, l'harmonisation en matière d'information et de consultation des travailleurs... Mais son succès est resté limité. Car dans presque tous les pays européens, à l'exception de certains pays scandinaves (cf. 11.4), les partenaires sociaux manifestent une grande réticence à négocier quand le point d'aboutissement est déjà fixé avec précision par une directive, ce qui semble contradictoire avec la notion de négociation (cf. 7.2.1).

• Deuxième situation : il arrive que le législateur, pour favoriser une meilleure adaptation de la norme aux réalités sectorielles ou d'entreprise, laisse les partenaires sociaux compléter ou déroger à la loi par convention collective⁴⁹⁹. C'est ainsi que le législateur a progressivement assoupli à plusieurs reprises les règles de modulation du temps de travail initialement fixées dans l'ordonnance de 1982 (cf. 2.1.5) : par la loi du 28 février 1986⁵⁰⁰, qui fait suite à l'échec de la négociation interprofessionnelle de 1984 sur la flexibilité, par la loi du 19 juin 1987 relative à l'aménagement du temps de travail⁵⁰¹, par la loi quinquennale pour l'emploi du

497 - B. Teyssié, actes du colloque « Vive la loi », http://www.senat.fr/colloques/vive_la_loi/vive_la_loi16.html

498 - La transposition d'une directive par contrat n'est pas réservée au droit du travail. Par exemple, la directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 (dite du second paquet ferroviaire), qui vise à uniformiser les normes et méthodes relatives à la sécurité des chemins de fer communautaires a été transposée, s'agissant du tunnel sous la Manche, par un règlement binational de la Commission intergouvernementale du tunnel sous la Manche signé le 24 janvier 2007, dont l'approbation nécessitait une autorisation préalable du Parlement en application de l'article 53 de la Constitution.

499 - Le principe de faveur mentionné à l'article L. 132-4 du code du travail n'a en effet pas valeur constitutionnelle (décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 et n° 2004-494 DC du 29 avril 2004).

500 - Cette loi abroge l'ordonnance de 1982 et supprime la possibilité d'aménager le temps de travail par accord dérogatoire d'entreprise. L'accord de branche ouvre la possibilité de moduler le temps de travail à condition que la durée moyenne du travail n'excède pas 38 heures.

501 - La loi du 19 juin 1987 supprime cette contrepartie en termes de baisse de la durée hebdomadaire du travail et rétablit la possibilité pour les entreprises de déroger aux accords de branche par accord d'entreprise. Deux types de contreparties sont prévus pour les salariés, selon le type de modulation négocié par l'entreprise.



20 décembre 1993 (article 39), par la loi du 11 juin 1996 tendant à favoriser l'emploi par l'aménagement et la réduction conventionnels du temps de travail puis par la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

De même, les lois n° 2003-47 du 17 janvier 2003 et n° 2003-6 du 3 janvier 2003 ont utilisé, en matière de contingent et de rémunération d'heures supplémentaires et de consultation des représentants du personnel sur les projets de licenciement pour motif économique, le renvoi aux accords collectifs pour substituer la norme conventionnelle à la norme de droit commun suspendue ou écartée. La loi du 4 mai 2004⁵⁰² sur la formation tout au long de la vie a consacré l'autonomie de chaque niveau de négociation et admis que tout accord d'un niveau inférieur pouvait déroger à un accord supérieur sous réserve de ne pas porter atteinte à l'ordre public social et avec un garde-fou. L'accord de branche étendu demeure en effet le pivot de tout accord dérogatoire car il ouvre, en dehors des domaines exclus par la loi⁵⁰³, la possibilité pour les accords d'entreprise de déroger à l'accord de branche (cf. 9.3.4). La loi de mai 2004 a également, dans l'hypothèse d'un conflit entre accords collectifs de rangs différents, écarté la règle faisant prévaloir l'accord prévoyant l'avantage le plus favorable au salarié. Des accords d'entreprise ou d'établissement ont dès lors pu, par exemple, modifier le montant de l'indemnité de fin de CDD figurant dans un accord interprofessionnel ou dans la loi, supprimer celle qui est associée au contrat de travail temporaire (CTT) ou réduire le délai de prévenance en cas de modification de la répartition de la durée du travail d'un travailleur à temps partiel. Mais l'ordonnancement juridique qui en résulte apparaît d'une très grande complexité pour deux raisons. En premier lieu, la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁵⁰⁴ oblige le législateur à distinguer entre les lois ordinaires que les partenaires sociaux peuvent compléter et les lois « d'ordre public »⁵⁰⁵ pour lesquelles il « doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation », c'est-à-dire entourer ces dérogations de garanties ou de contreparties. En deuxième lieu, les conventions collectives ne précisent pas toujours comme elles le devraient selon les dispositions de la loi du 4 mai 2004 les stipulations auxquelles elles permettent ou interdisent de déroger⁵⁰⁶, créant ainsi

502 - Pour une description de l'état du droit, voir, par exemple, *Droit du travail, droit vivant*, J.-E. Ray, 15^e édition 2006-2007, Éditions Liaisons, p. 583 et suiv. Sur l'historique de l'accord dérogatoire, voir J. Barthélémy, « Conventions et accords collectifs : pour un vrai droit de leur négociation », *Dr. Soc.* 2003, p. 832 et du même auteur *Accords dérogatoires*, Lamy négociation collective, Wolters Kluwer France, novembre 2007, Étude 600.

503 - Salaires minima, classifications conventionnelles, dispositifs de mutualisation interentreprises des fonds de la formation professionnelle et adhésion obligatoire à une même institution de protection sociale. Ces quatre exclusions étaient mentionnées dans la Position commune des partenaires sociaux de juillet 2001 (cf. 8.3). Les dérogations privilégiées par les accords dérogatoires portent sur la durée et l'organisation du travail, les élections professionnelles (composition des collèges électoraux surtout), les salaires minimaux et l'égalité entre hommes et femmes (discrimination positive).

504 - Notamment la décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004.

505 - La définition de l'ordre public social n'est pas d'une totale clarté au vu de la jurisprudence des trois hautes juridictions françaises, ce qui ajoute à la confusion normative découlant de l'application de la loi de mai 2004.

506 - 20 % des accords de branche conclus en 2004 contenaient des clauses impératives interdisant toute dérogation par accord d'entreprise. Ce pourcentage est tombé à 15 % début 2007 (J.-D. Combrexelle, « Loi du 4 mai 2004 : quel bilan ? Quelles perspectives ? » *Dr. Soc.*, janvier 2008, p. 21).



une situation d'incertitude juridique sur le droit applicable et faisant perdre sa lisibilité à la combinaison entre loi et convention collective (cf. 13.4.8.3).

8.1.2. La loi prescriptive

Il arrive que la loi intervienne pour prescrire des négociations à l'issue desquelles le législateur prévoit ou non de légiférer à nouveau en fonction du résultat attendu de la négociation. Le langage syndical a créé, pour désigner cette situation originale, une expression qui tend à se répandre, celle de « négociation légiférante ».

La suppression de l'autorisation administrative de licenciement a ainsi été préparée par une première loi, la loi n° 86-797 du 3 juillet 1986, qui supprime l'autorisation administrative de licenciement à compter du 1^{er} janvier 1987. Dès cette première loi, il est prévu de faire évoluer ultérieurement la législation applicable aux procédures de licenciement en tenant compte des « résultats de la négociation collective entre les organisations patronales et syndicales », chargées de définir « les procédures destinées à assurer le respect des règles d'information et de consultation des représentants du personnel et d'élaboration des mesures de reclassement et d'indemnisation envisagées par l'employeur en cas de licenciement pour cause économique » (article 3 de la loi). Un accord est intervenu le 20 octobre 1986, l'accord national interprofessionnel sur l'emploi, dont le contenu a été pour l'essentiel repris par la loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux licenciements pour motif économique.

De même la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique a-t-elle cherché à atteindre ce but en suspendant pour une période de dix-huit mois, prolongée de six mois par la loi n° 2004-627 du 30 juin 2004, certaines dispositions du code du commerce et du code du travail issues de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale⁵⁰⁷. Il s'agissait pour la négociation interprofessionnelle engagée entre les organisations professionnelles et syndicales représentatives au niveau national de définir de nouvelles procédures en matière de licenciements économiques, d'information et de consultation des représentants du personnel et de plan de sauvegarde de l'emploi. La loi prévoyait donc le dépôt, avant l'expiration de la période fixée pour procéder à la réforme, d'un nouveau projet de loi tenant compte des résultats de la négociation interprofessionnelle.

Si cette négociation globale a échoué, plus de cent quatre-vingts accords de méthode ont été signés et mis en œuvre au niveau des entreprises, prouvant qu'il était possible de parvenir à une gestion localement négociée des restructurations d'entreprises en difficulté.

La loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale (article 71) a dès lors pérennisé le dispositif dérogatoire et temporaire prévu par la loi du 13 janvier 2003 et élargi le champ de la négociation collective, en confiant notamment aux partenaires sociaux la gestion prévisionnelle des effectifs et des compétences, afin d'inciter les entreprises à traiter en amont les évolutions de l'emploi, et en instituant des accords de méthode pour les restructurations et les licenciements économiques.

507 - N. Molfessis, « La loi suspendue », D. 2003, *Point de vue*, p. 139 et suiv.



8.2. La convention avant la loi

Deux situations sont à distinguer : celle dans laquelle l'accord collectif inspire la loi qui le suit et celle dans laquelle le contrat dicte le contenu de cette loi.

8.2.1. La convention, inspiration de la loi

La législation sociale ne manque pas d'exemples où le contrat collectif a précédé et inspiré la loi⁵⁰⁸. Le plus ancien concerne l'adoption en 1919 de la loi sur la journée de 8 heures, qui a été préparée par un accord entre les partenaires sociaux. Plus récemment, la création du régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi (ancien article L. 351-8 du code du travail) a fait suite à un accord national interprofessionnel conclu en 1958 ; la loi du 16 juillet 1971 et le titre I de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 sur la formation professionnelle et la formation tout au long de la vie ont été précédées d'accords nationaux interprofessionnels (ANI)⁵⁰⁹ purement et simplement retranscrits dans la loi.

Il en est allé de même pour l'ANI du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, qui a posé les bases du droit actuel du licenciement, de celui du 9 juillet 1977 sur la mensualisation, qui a généralisé la mensualisation du salaire au profit des ouvriers non encore couverts par des accords de branche⁵¹⁰, de celui du 23 novembre 1989 sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, qui a précédé la loi sur l'indemnisation du congé de maternité, de celui du 31 octobre 1995 sur la conclusion d'accords dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, qui a précédé la loi du 12 novembre 1996, de celui du 9 mars 2006 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi, qui a précédé la loi sur l'emploi des seniors et consacré l'existence d'un CDD seniors...

La méthode qui consiste à faire précéder la loi par un contrat n'est pas confinée au droit du travail, même si elle y trouve un champ de prédilection. Ainsi l'accord conclu le 13 juin 1992 entre l'État et les représentants de l'enseignement privé a précédé ce qui allait devenir le titre IV « Dispositions diverses » de la loi n° 92-678 du 20 juillet 1992 relative à la validation d'acquis professionnels pour la délivrance de diplômes et portant diverses dispositions relatives à l'éducation nationale, laquelle s'est bornée à en reprendre intégralement le contenu. Cette méthode est donc utilisable et utilisée dans les domaines où de fortes tensions sociales ou de profonds désaccords idéologiques subsistent mais sont susceptibles de pacification à un moment donné : la place de l'enseignement privé ou du

508 - Pour être parfaitement rigoureux, il faudrait ici distinguer les situations dans lesquelles les partenaires sociaux ont spontanément pris l'initiative de celles dans lesquelles ils ont répondu à l'incitation des pouvoirs publics. Cette distinction n'est pas toujours facile à opérer car on ne connaît pas toujours avec certitude les coulisses de la négociation, notamment leur origine.

509 - Respectivement l'ANI du 9 juillet 1970 sur la formation et le perfectionnement professionnels et l'ANI du 20 septembre 2003 relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle.

510 - J. Barthélémy, « Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation », *Dr. Soc.* 1992, p. 450.



travail flexible (accord interprofessionnel du 24 mars 1990) ou la combinaison entre une médecine libérale et la maîtrise médicale des dépenses de santé⁵¹¹. Elle ouvre en définitive aux pouvoirs publics un chemin, celui de l'élaboration de la norme négociée par les acteurs eux-mêmes en amont d'une loi respectueuse de leur choix et donc pacificatrice (cf. 7.4.2.1).

Le recours au contrat avant la loi ne constitue pas seulement une méthode d'inspiration de la loi. Il est parfois utilisé pour provoquer une modification de celle-ci. Car le propre de la loi est de figer l'état du droit et le consensus social. Dans un monde ouvert, où les changements apportés par le progrès technique et la concurrence s'accroissent, la loi voit sa durée de vie se raccourcir et sa probabilité de mal vieillir augmenter, d'où l'idée d'évaluation législative périodique. Reconnaître toute sa place au contrat c'est aussi permettre aux acteurs sociaux de jouer pleinement ce rôle de veille législative et de proposition des adaptations à apporter à la loi jugée obsolète⁵¹². La proposition de loi d'origine contractuelle présente évidemment l'avantage, déjà repéré, de limiter les résistances à la réforme et de la dédramatiser pourvu que les signataires du contrat aient été assez nombreux et représentatifs.

C'est ainsi que l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 tendant à autoriser la conclusion d'accords collectifs, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, avec les représentants élus du personnel ou avec des salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives a précédé l'article 6 de la loi n°96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective. Le titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004, relatif

511 - En octobre 1991, suite à l'échec rencontré dans la mise en œuvre de la convention médicale de 1990, un « protocole d'orientation pour la maîtrise négociée de l'évolution des dépenses d'assurance maladie » a été conclu entre les caisses d'assurance maladie et l'État, dont les stipulations ont été reprises dans un projet de loi. Revu dans un sens moins contraignant par un nouvel accord du 14 octobre 1992, le résultat final de la négociation a donné naissance à la loi n° 93-8 du 4 janvier 1993.

512 - Un bon exemple de contrat conclu *contra legem* est donné par la convention Unedic du 1^{er} janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage. L'article 5 § 3 de cette convention stipule que « les dispositions des articles 1^{er}, 2, 3 4 de la présente convention et 4 a), deuxième tiret, 43, 44 et 45 du règlement annexé relatives à la participation du régime d'assurance chômage au financement de mesures nouvelles d'aide au retour à l'emploi sont applicables à compter du 1^{er} juillet 2001 sous réserve de l'adoption, à cet effet, de modifications législatives et réglementaires ». Le Conseil d'État, qui a relevé que les partenaires sociaux avaient explicitement admis que les stipulations en cause étaient incompatibles avec la législation en vigueur à la date de signature de l'accord, a jugé que « rien n'interdit aux partenaires sociaux d'insérer dans la convention (...) des stipulations incompatibles avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur à la date de signature de l'accord, dès lors qu'ils subordonnent l'entrée en vigueur de ces stipulations à l'intervention des modifications législatives ou réglementaires nécessaires » et précisé l'étendue des pouvoirs d'agrément du ministre dans un tel cas (11 juillet 2001, *Syndicat Sud Travail*, requête n° 228361 et autres). La loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel a ensuite procédé aux modifications nécessaires. Le même raisonnement vaut pour les conventions médicales dont l'entrée en vigueur suppose une modification de la loi (CE, Ass., 20 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France et autre*, rec. p. 442, *AJDA*, 1996, p. 139, concl. C. Maugué, *Dr. Adm.* 1996, comm. n° 20, obs. C. Maugué).



au dialogue social, a, de même, très largement repris le contenu de la Position commune du 16 juillet 2001.

Tout récemment, l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail en date du 11 janvier 2008 a prévu la création d'une rupture conventionnelle du contrat de travail d'un commun accord entre l'employeur et le salarié, a ouvert aux branches la possibilité de négocier la durée de la période d'essai, a créé à titre expérimental un nouveau CDD, le contrat de mission, d'une durée de 18 à 36 mois, réservé aux ingénieurs et cadres, et a modifié le montant des indemnités légales de licenciement en prévoyant leur versement après un an et non plus deux ans sans qu'elles puissent être inférieures à un cinquième de mois par année de présence dans l'entreprise, sauf accord collectif plus favorable... Cet accord a été repris par un projet de loi appelé à être voté avant l'été 2008. Une annexe portant sur les relations avec les pouvoirs publics les présente de la manière suivante : « *Certains des points abordés nécessiteront pour entrer en application une disposition législative, d'autres devront être arrêtés en concertation avec les pouvoirs publics et enfin d'autres encore relèvent de la seule compétence de l'État auquel les partenaires sociaux se réservent de faire des suggestions* ». On ne saurait mieux caractériser le lien entre la négociation nationale interprofessionnelle et l'action de l'État.

8.2.2. *La convention dictant le contenu de la loi*

Une fois l'accord signé, sa reprise par le législateur soulève une série de questions quant à la marge de manœuvre du pouvoir législatif. En principe, le législateur souverain peut, s'il ne lui convient pas, modifier, à l'occasion de sa transcription dans la loi, le contenu de l'accord⁵¹³. Mais cet exercice est périlleux pour lui car, par nature, un contrat reflète un équilibre des concessions réciproques à un moment donné : y toucher en l'absence des signataires et sans leur aval peut aboutir à ruiner des équilibres fragiles et difficilement obtenus. C'est la raison pour laquelle il est peu d'exemples où le législateur ait pris le risque de s'écarter sensiblement du résultat de la négociation⁵¹⁴. En effet, pratiquement tous les accords conclus par les partenaires sociaux ont été jusqu'ici, à quelques modifications près, repris dans la loi selon la technique alternative suivante : soit, cas le plus fréquent, le Parlement réécrit le texte de l'accord sous forme d'articles de loi, soit il l'annexe purement et simplement à la loi : ainsi, la loi n°78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle s'est-elle limitée à donner force légale aux droits nouveaux

513 - Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 ; « Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? », JCP G 2004, n° 12, I p. 20, obs.118. Par exemple, la loi du 30 décembre 1986 n'a pas intégralement repris les stipulations de l'accord interprofessionnel du 21 octobre 1986 sur les licenciements économiques.

514 - Phénomène intéressant à relever, il en va presque de même lorsque le pouvoir exécutif reprend à son compte le résultat d'une négociation collective dans la fonction publique. Le décret de 1995 qui a refondu la réglementation sur l'hygiène et la sécurité dans la fonction publique a repris mot à mot l'accord collectif du 28 juillet 1994 sur l'hygiène et la sécurité. De même les accords du 14 mai 1996 sur la résorption de l'emploi précaire et du 16 juillet 1996 sur le départ anticipé pour l'emploi des jeunes dans la fonction publique, qui nécessitaient des mesures législatives, ont-ils été intégralement repris dans la loi (cf. 1 3.1).



ouverts par les clauses de l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 sur la mensualisation annexé à cette loi.

Il arrive aussi que les partenaires sociaux dissuadent par avance le législateur de porter atteinte au résultat de la négociation. Ainsi l'ANI précité du 2 mai 2003 sur la formation professionnelle a-t-il prévu que « *si les dispositions législatives et réglementaires n'étaient pas en conformité avec celle du présent accord, les parties signataires conviennent de se réunir pour examiner les conséquences de cette absence de conformité* ». L'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 relatif aux contrats à durée déterminée et au travail temporaire est allé encore plus loin en affirmant que l'accord lui-même était subordonné « *à l'adoption de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application, à l'exclusion de toute autre modification du régime du contrat de travail à durée déterminée et du contrat de travail temporaire actuellement en vigueur* ». Ce dernier accord réduisait la marge de manœuvre du législateur en prévoyant une clause d'autodestruction en cas de retranscription infidèle de l'accord par le législateur et imposait au surplus le choix de sa date d'entrée en vigueur, quatre mois après la publication de la loi (article 48 de l'accord). Malgré l'audace de la méthode, la loi n°90-613 du 12 juillet 1990 s'est contentée de reprendre purement et simplement le contenu de l'accord. Souvent, les rédactions des accords sont plus souples que celle-là⁵¹⁵ : ainsi l'ANI du 9 mars 2006 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi prévoit-il seulement que « *Les parties signataires engageront, auprès des pouvoirs publics, les démarches nécessaires à la mise en œuvre des dispositions du présent accord qui requièrent des aménagements législatifs ou réglementaires* ».

S'appuyant sur la difficulté de modifier le contrat négocié par les partenaires sociaux, certaines propositions, dont le rapport Chertier de 2006, suggèrent, lorsque l'accord collectif intervient dans le domaine réservé au législateur par la Constitution, que ce dernier ne puisse le reprendre qu'en étant tenu d'en respecter tous les termes⁵¹⁶ (cf. 8.3 ci-après), ce qui pose naturellement question.

8.3. La convention à la place de la loi ?

Le projet est ici de faire jouer à la loi un rôle supplétif dans la définition de la norme. Les arguments en ce sens ne manquent pas : les partenaires sociaux, au contact des réalités de l'entreprise et du marché du travail, seraient mieux à même de déterminer les règles qui conviennent à une époque donnée qu'un

515 - Pour un autre exemple de rédaction douce dans le cas d'une convention médicale, voir CE, 13 mai 1996, *Fédération des orthophonistes de France*, tp. 1174. Lorsqu'une convention suppose une modification des principes fondamentaux de la sécurité sociale et prévoit que son entrée en vigueur interviendra lorsque les textes nécessaires seront adoptés, les ministres ne peuvent pas approuver cette convention tant que le législateur n'a pas modifié la loi.

516 - Le rapport Chertier souligne qu'il n'y a pas consensus sur ce point. Car pour les uns, l'État doit se borner à fixer les grands principes d'ordre public et pour le surplus renvoyer à la négociation collective ; pour les autres, il revient à l'État de définir lui-même toutes les règles applicables en droit du travail, la négociation étant limitée à la reconnaissance de nouveaux droits ou simplement appelée à compléter la loi pour en définir les modalités d'application.



législateur ou une administration du travail plus éloignés de ces réalités. Dans un domaine où la norme légale reste appliquée de manière très inégale, la norme conventionnelle, fruit d'une négociation entre acteurs aux intérêts opposés, aurait en outre davantage de chances d'être acceptée et appliquée dans la durée par ceux qui ont négocié puis signé.

Contrairement à une idée trop répandue, la novation n'est pas venue de la construction européenne. Déjà en 1959, la création du régime d'assurance chômage a été de fait déléguée aux partenaires sociaux par un État qui ne souhaitait pas prendre l'initiative de légiférer sur le sujet. Et la loi n'a fait que reprendre tardivement le contenu de l'accord trouvé. Signe de cette volonté de déléguer, la gestion du régime a d'ailleurs été entièrement confiée aux partenaires sociaux.

- Sous l'impulsion de Jacques Delors, le dialogue social européen, dit de Val Duchesse, a été, un temps, remarquablement développé tandis que, au même moment, la Commission européenne prévoyait d'élaborer une trentaine de directives. C'est dans ce contexte que la construction européenne a redonné de la vitalité au courant de pensée le plus confiant dans la négociation sociale. Comme ne pouvaient pas être d'emblée modifiés le traité ou les protocoles annexés, l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE), la Confédération européenne des syndicats (CES) et le Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général (CEEP) ont abouti le 31 octobre 1991 au premier accord sur la politique sociale dont la teneur a été reprise, par la suite, sous la forme du Protocole social annexé au traité de Maastricht. Les articles 138 et 139 du TCE relatifs au dialogue social européen, issus de l'article 3 de l'accord sur la politique sociale joint au traité du 7 février 1992 sur l'Union européenne, prévoient que la Commission doit, avant d'envisager de légiférer, consulter les partenaires sociaux sur les orientations de l'action communautaire puis, avant de passer à l'acte, sur le contenu de ce dernier. Les partenaires sociaux peuvent, à chaque stade de la consultation, se contenter d'émettre un avis ou décider d'ouvrir des négociations sur le thème considéré. Dans cette hypothèse, la Commission est tenue de suspendre son projet pendant neuf mois. Au terme de cette période, qui peut être prolongée avec son accord, et en cas d'échec de la négociation, elle peut reprendre l'initiative et aller au bout du projet. Si la négociation aboutit, le Conseil doit reprendre le contenu de l'accord dans une directive qui n'est pas soumise au Parlement⁵¹⁷. Plusieurs accords perçus comme importants ont été conclus au niveau communautaire en application de ces dispositions : l'accord du 14 décembre 1995 sur le congé parental, l'accord du 6 juin 1996 sur le travail à temps partiel et l'accord du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée. Un accord sur le télétravail a de même été conclu le 16 juillet 2002 et devait être mis en œuvre dans un délai de trois ans « conformément aux procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux dans les États membres ». Il a été transposé en droit français par un accord interprofessionnel du 19 juillet 2005 et

517 - J. Barthélémy, *Négociation collective au plan européen et intégration des accords dans les droits internes*, notes Thomas du Commissariat général du Plan, septembre 2004.



non pas par une loi⁵¹⁸. Un accord-cadre concernant le stress au travail a également été conclu le 9 octobre 2004. Dans tous ces cas ci-dessus où elles avaient à intervenir, les autorités européennes (Commission et Conseil) se sont limitées à reprendre intégralement le texte de l'accord en l'annexant au projet de directive, sans le modifier en rien, alors qu'elles en avaient, contrairement à ce qui est souvent avancé, le droit⁵¹⁹.

Malgré les nombreux commentaires élogieux auxquels ce dispositif a donné lieu, ses résultats ne doivent pas impressionner outre mesure. Car en regard des cinq négociations ayant abouti, on en compte davantage qui ont échoué : sur le comité d'entreprise européen en 1993, l'aménagement de la charge de la preuve en cas de discriminations fondées sur le sexe, la prévention du harcèlement sexuel au travail en 1996, l'information et la consultation des travailleurs en 1997, la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur en 2000, le travail intérimaire en 2001 en raison de l'opposition du patronat britannique. C'est que, pour aboutir, il faut bénéficier d'un contexte social rarement rencontré. La Commission s'est toutefois inspirée du contenu des négociations pour élaborer, à la suite de leur échec, ses projets de directive.

Le résultat le plus remarquable et le plus intéressant de ce dispositif est néanmoins que l'engagement pris de consulter les partenaires sociaux avant de prendre une directive a toujours été respecté de telle sorte que ceux-ci ont toujours été mis à même d'exprimer leur point de vue avant l'intervention de toute norme nouvelle.

- Allant nettement plus loin que l'approche européenne, la Position commune des partenaires sociaux du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation, le Gouvernement et le rapport de Virville en 2004⁵²⁰ puis le rapport Chertier sur la modernisation du dialogue social en 2006 ont suggéré de faire de l'accord collectif la norme de référence et de la loi la norme subsidiaire.

La Position commune de juillet 2001⁵²¹ vise à développer la négociation collective, renforcer les moyens du dialogue social et instaurer une dynamique de complémentarité entre le rôle de la loi et celui de la négociation. À ce dernier titre, elle propose de distinguer trois champs distincts : un domaine réservé au législateur, celui des principes fondamentaux du droit du travail (article 34 de la Constitution), un domaine partagé entre le législateur et les partenaires sociaux, celui de l'application des principes fondamentaux, et un domaine propre aux partenaires sociaux, celui de la création de droits nouveaux, qui peut tout de même recouper – c'est un problème – celui des droits fondamentaux, et de l'amélioration des dispositifs d'ordre public social.

518 - C'est le premier exemple de transposition d'un accord-cadre européen par un accord collectif en France.

519 - Une clarification s'impose en effet sur ce point : si la communication de la Commission de 1991 prévoit la reprise intégrale du texte négocié sans possibilité de l'altérer, le traité ne le prévoit pas et le législateur européen conserve en droit la faculté d'amender le texte négocié.

520 - M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au ministre du travail, Paris, 2004, La Documentation française.

521 - Pour lever toute ambiguïté, rappelons que la position commune ne fut pas une position unanime : plusieurs syndicats, dont la CGT, ont exprimé sur ce point notamment un avis différent.



À l'occasion du vote de la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, le Gouvernement a pris, dans l'exposé des motifs du projet de loi, « l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative en droit du travail. Par conséquent il saisira officiellement les partenaires sociaux, avant l'élaboration de tout projet de loi portant réforme du droit du travail, afin de savoir s'ils souhaitent engager un processus de négociations sur le sujet évoqué par le Gouvernement ». Lors de ce débat, le ministre du travail a confirmé l'état d'esprit du gouvernement de la manière suivante : « Avant toute réforme de nature législative touchant aux relations du travail, le Gouvernement (...) s'engage à donner la priorité à la négociation collective. Nous demandons en quelque sorte aux partenaires sociaux de prendre leurs responsabilités, s'ils le souhaitent, avant d'entreprendre quelque démarche législative que ce soit ».

Le rapport de Virville de 2004 a proposé, dans le même esprit, un calendrier en trois temps pour la négociation sociale. Premier temps : le ministre du travail soumet au Parlement un « pacte de négociation fixant les conditions dans lesquelles la négociation collective serait appelée à se saisir de tel ou tel domaine déterminé de droit du travail », en précisant « les règles intangibles, devant garder leur caractère impératif et à l'inverse, celles qui pourraient être réexaminées par la négociation collective ». Deuxième temps : le cadre de la négociation étant défini, « les partenaires sociaux pourraient ouvrir des négociations, d'abord au niveau interprofessionnel, pour fixer les règles communes applicables à l'ensemble des branches et pour préciser comment ces dispositions générales seraient susceptibles d'être remplacées, complétées ou amendées par la négociation de branche ou d'entreprise ». Troisième temps : un projet de loi « reprenant le pacte de négociation initialement présenté au Parlement et les règles définies par l'accord interprofessionnel » est soumis au vote du Parlement.

Malgré l'engagement gouvernemental et ces prises de position qui ne faisaient l'unanimité ni parmi les acteurs politiques et sociaux ni parmi les observateurs, la France se trouva dans une situation qu'elle connaît de manière récurrente : paré de toutes les vertus pendant un temps, le dialogue social devient un gêneur pour le Gouvernement ou le législateur pressé⁵²².

L'insertion dans le projet de loi pour l'égalité des chances en cours de discussion au Parlement durant la nuit du 8 au 9 février 2006⁵²³, sans que la moindre concertation avec les partenaires sociaux ait été engagée, de dispositions visant à créer pour les jeunes un contrat première embauche (CPE) déclencha chez eux un mouvement social important et la loi votée ne fut promulguée qu'avec des réserves du Président de la République avant d'être finalement abrogée (cf. 12.2.2).

522 - Cette ambivalence, qui n'est pas le propre d'une famille politique, constituée, sans doute, le principal obstacle à ce que soit donnée sa juste place à la négociation collective.

523 - La création de ce nouveau contrat avait été annoncée par le Premier ministre le 16 janvier 2006. Pour accélérer le vote de la loi, le Gouvernement engagea sa responsabilité sur le texte en application de l'article 49-3 de la Constitution.



Mandaté le 10 janvier 2006 pour expertiser les conditions d'une amélioration du dialogue social, **Dominique-Jean Chertier**⁵²⁴ remet son rapport le **31 mars 2006**, en formulant plusieurs propositions. La première concerne la détermination d'un agenda social : il s'agit d'inscrire le temps de la négociation sociale dans un agenda prédéfini en termes de tâches et de calendrier entre Gouvernement, Parlement, partenaires sociaux et acteurs de la société civile. À l'intérieur de la plage de temps consacrée à la concertation ou à la négociation (de l'ordre de trois mois comme au Royaume-Uni) dans le calendrier des réformes, il propose aussi de réserver un sort particulier à la matière couverte par l'article L. 131-1 du code du travail, c'est-à-dire à ce qui touche au droit des salariés, à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et de leurs garanties sociales. À l'instar de la procédure prévalant au sein de l'Union européenne, les partenaires sociaux pourraient, au vu du document support à la concertation publié par le Gouvernement, décider de se saisir du sujet dans un délai d'un mois. Le rapport préconise de prévoir alors un délai de négociation de trois à quatre mois, prolongeable au cas par cas dans l'hypothèse de succès probable de la négociation. Pendant cette période, le Gouvernement devrait s'abstenir d'intervenir dans le domaine en cause. Pour fixer clairement les prérogatives du Gouvernement et du Parlement en cas d'accord, le rapport préconise de ne laisser le choix à chacun d'eux que d'accepter ou de refuser en bloc l'accord trouvé. La solution privilégiée est le vote d'une loi d'habilitation autorisant le Gouvernement à transcrire l'accord par voie d'ordonnance, pratique devenue courante pour la transcription des directives européennes.

- C'est en cet état de la situation que le Président de la République a demandé au Gouvernement fin 2006, après le retrait du projet de contrat première embauche (CPE), de modifier rapidement la loi pour introduire une obligation de concertation avec les partenaires sociaux avant toute réforme.

La loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social⁵²⁵, qui s'inspire partiellement des propositions ci-dessus, a retenu un mécanisme analogue à celui qui prévaut dans l'Union européenne en obligeant le Gouvernement à laisser aux partenaires sociaux une période pour traiter par la négociation, s'ils le souhaitent, un sujet sur lequel une réforme est envisagée. La loi introduit dans le code du travail un titre préliminaire relatif au dialogue social en vertu duquel *« tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle du travail fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national ou interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. »*

524 - Pour une modernisation du dialogue social, rapport au Premier ministre, 31 mars 2006 (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000351/index.shtml>)

525 - Publiée au *JORF* du 1^{er} février 2007, p. 1944.



Cette loi n'institue qu'une obligation de consultation préalable des partenaires sociaux et ne limite pas le pouvoir d'initiative du législateur dans le domaine des relations du travail, toute limitation de cet ordre se heurtant à la Constitution, situation qui persistera sauf si une réforme constitutionnelle intervenait. En outre, en cas d'urgence, le Gouvernement peut se dispenser de la procédure de consultation en motivant sa décision⁵²⁶.

Le Gouvernement a fait application de ce texte en saisissant les partenaires sociaux de deux documents d'orientation : le premier portait sur la modernisation du marché du travail et la sécurisation des parcours professionnels ; le second sur la démocratie sociale, c'est-à-dire sur les règles de représentativité syndicale et la réforme de la négociation collective.

Le 19 juin 2007, les partenaires sociaux ont décidé d'ouvrir des négociations sur le premier thème, avec pour objectif d'aboutir à un accord fin 2007. Cet accord a finalement été signé le 11 janvier 2008. L'ouverture d'une négociation sur le thème de la démocratie sociale, repoussée à la fin de l'année 2007, a eu lieu en janvier 2008 et a débouché en avril.

Plus récemment, la commission pour la libération de la croissance française a proposé, en octobre 2007, de réunir une commission tripartite du dialogue social qui serait chargée d'élaborer d'ici fin 2008 une charte du dialogue social délimitant les domaines de compétence des partenaires sociaux et de l'État. Le contenu de cette charte serait ensuite repris dans une loi organique. Cette perspective suppose naturellement une révision préalable de la Constitution car toute loi organique doit avoir été préalablement prévue par la Constitution.

Cet historique conduit à s'interroger sur le point de savoir si la loi du 31 janvier 2007 constitue un bon point d'équilibre sur le sujet délicat des rapports entre loi et convention collective ou seulement un jalon dans une évolution qu'il conviendrait de poursuivre (cf. 13.4.8.4).

9. Décisions administratives unilatérales et conventions

Les rapports entre l'acte administratif unilatéral et la convention ne sont pas moins complexes que ceux qu'entretiennent la loi et la convention. Dans les multiples formes de contrat utilisées par l'administration pour édicter des normes ou décliner l'action publique, certaines n'en méritent guère la qualification tant au regard de leur objet que de leurs effets ou encore de leurs modalités de négociation.

À l'inverse, des décisions unilatérales, notamment les agréments délivrés par l'État ou nombre de décisions émanant des autorités administratives indépendantes,

526 - Pour une critique du blocage de la situation pendant un délai déterminé, jugé trop long, voir G. Filoche, « Le contrat doit-il se substituer à la loi ? », in *Faut-il brûler le code du travail ?*, 2006, Jean-Claude Gawsewitch éditeur.



sont prises au terme d'une procédure de négociation ou d'engagement qui les rapprochent à mains égards de la procédure contractuelle.

Au surplus nombreux sont les contrats qui produisent des effets réglementaires⁵²⁷.

9.1. Les décisions formellement unilatérales, en réalité négociées

Maintes décisions unilatérales prises par l'administration sont en réalité négociées. Quelques exemples illustrent cette situation assez fréquente⁵²⁸.

9.1.1. Décisions prises par les autorités de régulation

Nombre de décisions prises par les autorités administratives indépendantes, que ce soit en matière de régulation ou de sanction, prennent la forme de décisions unilatérales alors que ce sont en réalité très souvent des décisions précédées de consultations ou d'une véritable négociation (cf. 3.1.4).

9.1.2. La police des installations classées

L'application des textes relatifs aux installations classées⁵²⁹ relève d'une police administrative spéciale, qui appartient en principe au préfet⁵³⁰. Le préfet réglemente par arrêté toutes les installations classées de son département, quel que soit leur régime juridique. Et selon les principes applicables en matière de police administrative, il peut toujours aggraver les prescriptions imposées par l'autorité supérieure en fonction des circonstances locales. Ces installations sont soumises soit à une simple déclaration, pour les activités les moins polluantes, soit à une autorisation, pour les installations présentant les risques de pollution les plus importants.

L'arrêté d'autorisation est précédé d'une phase d'instruction administrative ou d'enquête, faisant intervenir des services déconcentrés, des collectivités territoriales, le conseil départemental d'hygiène et l'inspection des installations classées. Il comporte les prescriptions à observer par l'exploitant, véritable « charte » du fonctionnement de l'installation. Si ces prescriptions sont imposées par et dans un acte unilatéral, elles sont très largement débattues tout au long de la

527 - De nombreux travaux ont été consacrés par la doctrine à la notion d'acte mixte, celui-ci s'entendant comme un contrat produisant des effets réglementaires. Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 103, 1971 ; F. Moderne, « Les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 1.

528 - Le domaine de l'urbanisme se prêterait également à une analyse de ce type. Beaucoup de permis de construire ou d'autorisations de lotissement sont en fait des autorisations unilatérales négociées, le bénéficiaire négociant souvent en détail les prescriptions dont l'autorisation est assortie avec celui qui l'accorde.

529 - Les installations classées sont celles qui présentent des dangers ou des inconvénients potentiels pour l'environnement. Sont concernées les installations industrielles ou commerciales, mais aussi celles exploitées bénévolement par des associations ou par l'État (livre V du code de l'environnement).

530 - CE, 29 mai 1985, *Ministre de l'environnement c/ Sté OPA*, rec. p. 161 : « Les établissements classés (...) sont soumis à un pouvoir de police, exercé en principe par le préfet. »



procédure en fonction de ce qui est techniquement et économiquement réalisable. Ainsi, l'exploitant participe directement à l'élaboration du droit qu'il aura ensuite à appliquer. À cela il convient d'ajouter que le juge administratif, lorsqu'il est saisi d'un recours contre une telle décision, tranche le litige en qualité de juge de plein contentieux⁵³¹ et peut donc modifier les prescriptions dont l'autorisation a été assortie à la suite du débat contradictoire, prolongé devant lui, en tenant compte des objectifs d'intérêt général à atteindre⁵³².

Sauf cas particulier⁵³³, le ministre chargé des installations classées ne peut pas interférer dans le pouvoir de décision des préfets, notamment par contrat⁵³⁴ : une compétence de police spéciale conférée au préfet exclut toute intervention de l'autorité supérieure par la voie contractuelle (cf. 10.2.2).

9.1.3. La détermination du prix des médicaments remboursables par la sécurité sociale

En l'absence de convention (cf. 2.2.4), le prix est fixé par décision du Comité économique des produits de santé (CEPS), sauf opposition conjointe des ministres concernés qui arrêtent à leur tour le prix dans les quinze jours suivant la décision du comité. Peu importe finalement que le prix soit fixé par convention, par décision du CEPS ou par arrêté ministériel : dans tous les cas, cette décision réglementaire est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁵³⁵, alors même qu'elle prendrait la forme d'une convention⁵³⁶.

Ainsi, la part réservée au contrat par le code de sécurité sociale en matière de négociation du prix du médicament est-elle largement adossée à un pouvoir réglementaire supplétif incombant au CEPS mais dont l'exercice est difficilement dissociable de la négociation préalable.

9.2. Des conventions s'apparentant à des actes administratifs unilatéraux

De nombreuses conventions conclues par l'administration doivent en revanche s'analyser comme des actes administratifs imposés aux cocontractants ou comme des actes réglementaires à élaboration contractuelle.

531 - L'association du demandeur en amont de l'édiction de la norme et l'existence d'un recours de plein contentieux en aval ont conduit le Conseil d'État à juger, pour l'application de l'article 10 de la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau, que l'exercice d'un recours administratif préalable, gracieux ou hiérarchique, n'interrompait pas le délai de recours contentieux (CE, Sect., 21 décembre 2007, *Groupement d'irrigation des prés de la Forge et autres*, requête n° 280195).

532 - Article L. 511-1 du code de l'environnement.

533 - En particulier si « *les risques peuvent concerner plusieurs départements ou régions* », ce pouvoir appartient au ministre chargé des installations classées, qui autorise ou refuse le fonctionnement de l'activité.

534 - CE, 8 mars 1985, *Association « Les amis de la Terre »*, requête n° 24557 : « *les conventions (passées par le ministre) sont nécessairement dépourvues de toute valeur juridique.* »

535 - CE, 30 décembre 2003, *SA Laboratoires Serono France*, requête n° 243954.

536 - CE, 3 mai 2004, *Sté des Laboratoires Servier*, requête n° 257698.



9.2.1. Des décisions administratives imposées

Le contrat d'accueil et d'intégration (CAI) fournit une illustration de l'évolution extrêmement rapide d'un dispositif contractuel quant à sa finalité et aux modalités de sa gestion (cf. 2.3.3) et quant à sa nature intrinsèque. Conçu au départ comme un contrat d'information, facultatif ou volontaire, il est rapidement devenu obligatoire et fonctionne désormais comme un contrat déséquilibré dans ses obligations, comme un contrat injonction à l'égard des étrangers ou comme un contrat allégeance pour reprendre la terminologie du professeur Alain Supiot⁵³⁷. Ce type de contrat, éventuellement assimilable à un contrat d'adhésion, s'apparente fortement à un acte unilatéral⁵³⁸.

Les conventions d'objectifs et de gestion conclues avec les caisses nationales de sécurité sociale (cf. 2.2.3) correspondent pour l'essentiel à une procédure d'évaluation et leur nature équilibrée peut être discutée, même si la doctrine y voit des contrats administratifs. Les sanctions pour non-réalisation des objectifs ne pèsent en effet que sur les caisses et sur l'ACOSS, signe que l'habillage contractuel demeure un voile léger, dissimulant des restes de décision unilatérale et d'acte de tutelle. Les contrats de retour à l'équilibre imposés aux établissements sanitaires et sociaux ou médico-sociaux relèvent d'une analyse identique. Les rapports entre les établissements d'hospitalisation et l'État sont de façon générale marqués par la prépondérance de l'un des acteurs, placé en situation d'imposer son point de vue. Le Conseil d'État vient d'ailleurs de conforter cette analyse en jugeant que les avenants tarifaires conclus en application de l'article L. 162-22-5 du code de la sécurité sociale entre l'agence régionale de l'hospitalisation et une clinique « traduisent une décision prise par l'agence (...) au nom de l'État et ont un caractère réglementaire » (CE, 21 décembre 2007, *Clinique Saint-Roch*, requête n° 299608)⁵³⁹.

9.2.2. Des contrats incorporant des dispositions réglementaires ou acquérant le caractère d'acte réglementaire

D'autres contrats incorporent des stipulations de caractère réglementaire ou présentent la nature d'actes réglementaires à élaboration contractuelle, eu égard à la qualité qu'ils acquièrent une fois approuvés. Ce sont généralement des actes ayant pour objet d'organiser ou de fournir un service public, et comportant des effets sur les tiers, usagers du service.

537 - A. Supiot, « La contractualisation de la société », in *Qu'est-ce que l'humain ?*, sous la direction d'Y. Michaud, vol. 2 Paris, Odile Jacob, 2000, p. 157 et suiv.

538 - Le Conseil d'État avait donc recommandé en 2006 de ne plus utiliser à son sujet le terme « contrat », compte tenu du caractère obligatoire du CAI. Mais il n'a été suivi ni par le Gouvernement ni par le Parlement.

539 - Élément intéressant à relever, la décision souligne que « pour autant les dispositions (...) du code (...) impliquent la signature de ces avenants par l'établissement de santé concerné, l'absence d'une telle signature ayant pour conséquence l'application à l'établissement du tarif dit d'autorité ». Il y a donc en l'espèce imbrication entre l'acte unilatéral et le contrat, chacun jouant un rôle particulier dans le dispositif de « négociation » de la tarification.



Les cahiers des charges des délégations de service public, des contrats d'affermage ou d'occupation temporaire d'une dépendance du domaine public⁵⁴⁰ peuvent ainsi comporter des clauses, jugées divisibles des autres, qui réglementent en réalité l'utilisation du service par les tiers au contrat⁵⁴¹. Des contrats peuvent de même avoir pour objet d'organiser le service public et faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, sans présenter eux-mêmes le caractère d'un acte administratif unilatéral⁵⁴².

Le cas des conventions médicales (cf. 2.2.1) s'en rapproche beaucoup pour les trois raisons suivantes.

Les stipulations d'une convention médicale approuvée acquièrent en premier lieu une valeur réglementaire⁵⁴³.

Le Conseil d'État ayant jugé en deuxième lieu que la modification d'une convention médicale nationale n'était pas subordonnée par la loi à d'autres conditions que celles exigées pour sa signature par l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale, un avenant conclu par au moins une organisation syndicale représentative de médecins généralistes et au moins une organisation représentative de médecins spécialistes peut valablement modifier la convention alors même que cet avenant n'a pas été signé par l'ensemble des organisations ayant adhéré à la convention initiale⁵⁴⁴. L'acte réglementaire à élaboration contractuelle possède ainsi une existence propre, indépendante dans la durée de la qualité et de la personnalité de ses signataires.

Le Conseil constitutionnel⁵⁴⁵ et le Conseil d'État⁵⁴⁶ ayant en troisième lieu accepté la divisibilité de ces conventions, cette dernière laisse présumer que la convention n'est pas un contrat mais un acte réglementaire à élaboration

540 - CE, Sect., 23 juin 1995, *Ministre de la culture et de la francophonie c/ Assoc. Défense Tuileries*, rec. p. 268, *CJEG*, 1995, p. 376, concl., Arrighi de Casanova.

541 - CE, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, rec. p. 274, « Pour un service de ramassage d'ordures ménagères », *AJDA*, 1996, p. 732 chron. D. Chauvaux et T. X. Girardot, *RFDA*, 1997, p. 89, note P. Delvolvé, *CJEG* 1996, p. 362, note P. Terneyre.

542 - CE, 14 janvier 1998, *Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales-FO*, rec. p. 9, pour la convention constitutive d'une agence régionale de l'hospitalisation.

543 - CE, Sect., 9 octobre 1981, *Syndicat des médecins de la Haute-Loire*, rec. p. 360, *R. Dr. Sanit. Soc.*, 1982, p. 106, concl. A. Bacquet, *AJDA*, 1982, p. 364, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre ; décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, rec. p. 33, considérant 23.

544 - CE, Sect., 17 mars 1997, *Syndicat des médecins d'Aix et région et Fédération française des médecins généralistes MG France*, rec. p. 94.

545 - Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, rec. p. 33 ; *RFDA*, 1990, p. 406, note B. Genevois.

546 - CE, Ass., 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français*, rec. p. 469, *Dr. Soc.*, 1984, p. 144, concl. D. Labetoulle, *AJDA*, 1984, p. 664, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue ; CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain et autres*, rec. p. 277, *RFDA*, 1998, p. 942, concl. C. Maugué, *AJDA*, 1998, p. 559, chron. F. Raynaud et P. Fombeur, *Dr. Soc.*, 1998, p. 817, note X. Prétot, *R. Dr. Sanit. Soc.*, 1998, p. 755, note L. Dubouis ; CE, 8 juillet 1998, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, requête n° 189244, rec. tp. 1184. Auparavant, le Conseil d'État avait considéré que le contrat formait un tout indivisible (CE, Ass., 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français et autres*, rec. p. 469, *AJDA*, 1983, p. 664, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue).



contractuelle⁵⁴⁷. Car toute convention reposant sur un équilibre global entre les droits et les obligations des parties (cf. 7.1.2), une conception large et souple de la divisibilité du contrat aboutit à ce que le juge substitue son appréciation sur cet équilibre global à celle des parties⁵⁴⁸. Selon ceux qui ont négocié des conventions médicales, leur équilibre est pesé au trébuchet entre les parties si bien que, en envisageant l'hypothèse de la divisibilité de la convention, le Conseil d'État aurait en fait assimilé la convention à un acte réglementaire et raisonné comme si ce dernier avait pour principal objet de fixer le tarif des consultations pour les assurés sociaux, acte qui se prête mieux qu'un contrat à l'opération intellectuelle de divisibilité. La convention médicale, acte hybride, est donc un acte réglementaire à élaboration contractuelle. Cette dernière qualification correspond au demeurant à la pratique des professions médicales : en dehors du volet tarifaire, elles ne se sentent guère liées par les engagements pris dans les conventions, par exemple en matière de maîtrise médicale des dépenses de santé.

9.2.3. Des règlements d'organisation des services publics

Des contrats entre personnes publiques peuvent être conclus dans le but d'organiser le service public. C'est le cas pour les conventions de transferts de services organisés dans le cadre de la loi du 2 mars 1982⁵⁴⁹ (cf. 4.2.4). Confronté à une décision ayant décidé de mettre fin à un tel contrat, le juge administratif l'a annulée⁵⁵⁰, s'écartant de sa jurisprudence selon laquelle il s'interdit en principe d'annuler les décisions résiliant un contrat (cf. 7.1.2.1). Cette exception jurisprudentielle s'est ensuite étendue à l'ensemble des contrats conclus « *entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public* »⁵⁵¹. Cette immixtion relativement récente du juge dans les rapports contractuels est justifiée par la nature particulière des contrats en cause : conclus entre personnes publiques, ils ne sont pas éloignés du mode d'action unilatéral, mode normal et prépondérant d'organisation du service public, en particulier dans les rapports entre personnes publiques et personnes privées où il relève du contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir⁵⁵². La forme contractuelle ne parvenant pas à oblitérer la nature réglementaire de ces conventions, leur contentieux déroge au contentieux classique des contrats administratifs⁵⁵³.

547 - Sur l'évolution du régime juridique des conventions médicales, voir X. Prétot, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales : du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à élaboration concertée », *Dr. Soc.*, 1997, p. 845.

548 - Selon la jurisprudence, il existe une présomption d'indivisibilité de la convention mais cette présomption n'est pas irréfragable.

549 - Cette qualification de contrat n'allait pourtant pas de soi (J. Moreau, « Les matières contractuelles », *AJDA*, 1998, 747).

550 - CE, Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, rec. p. 105.

551 - CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, rec. p. 198.

552 - Voir par exemple CE, 11 janvier 1961, *Barbaro et de la Marnière*, Recueil Lebon, p. 25.

553 - La loi du 13 août 2004 ayant prévu un mécanisme conventionnel analogue et la possibilité de régler par arrêté interministériel les conditions de mise à disposition provisoire des services, le Conseil d'État a également reconnu dans son ensemble un caractère réglementaire à cet arrêté (17 octobre 2007, *Département de Haute-Garonne*, requête n° 290258, *Dr. Adm.*, 2007, n° 11, 148, p. 20).



9.3. La convention subordonnée à l'intervention d'une décision unilatérale

Le droit administratif comporte en outre un nombre élevé de situations dans lesquelles la conclusion ou l'application d'un contrat se trouve subordonnée à l'intervention d'une décision administrative unilatérale.

9.3.1. Les accords virtuels : les accords dans la fonction publique

Même si la négociation dans la fonction publique est désormais prévue par la loi (cf. 1.3.1), les accords sur lesquels elle débouche n'ont pas par eux-mêmes de valeur juridique. Pour qu'ils en acquièrent une, il faut qu'ils fassent l'objet d'une reprise dans un acte unilatéral, décret le plus souvent, loi parfois quand sont en cause les garanties fondamentales des agents. On est donc en présence soit d'une négociation préalable à une décision administrative unilatérale ou d'une loi, soit d'un engagement politique et moral unilatéral de l'employeur plutôt que d'un engagement contractuel⁵⁵⁴, même si ces accords sont généralement honorés (cf. 7.1.2.2).

Leur transposition en actes unilatéraux est en outre parfois longue : celle des accords Durafour de 1990 a pris sept ans ; celle des accords Jacob, concernant environ 200 statuts, a été nettement plus rapide et se sera étalée sur dix-huit mois environ.

D'où l'intérêt pour la technique de l'homologation des accords signés, suggérée par le rapport Fournier de 2002. Cette formule permettrait d'abrégier ce délai de transcription à la condition de rédiger ces accords de manière précise et complète, de sorte que l'homologation puisse en garantir l'entrée en vigueur immédiate sans avoir à passer par d'autres textes d'application.

9.3.2. L'agrément ou l'homologation de la convention

L'entrée en vigueur de certains contrats est subordonnée à une approbation préalable par l'autorité administrative. Les conventions médicales (cf. 2.2.4) en fournissent un exemple. Car ces conventions ayant un impact sur la santé publique et revêtant un caractère économique marqué, le législateur a entendu conférer au ministre de la santé le pouvoir de vérifier qu'un accord formellement conclu en l'absence de l'État ne comporte pas d'inconvénient du point de vue de l'intérêt général. La convention médicale est un contrat administratif⁵⁵⁵

554 - Y. Saint-Jours, dans l'article déjà cité (note 18), les assimile aux « *gentleman's agreements* » du droit international ou à des engagements d'honneur n'entraînant aucune obligation juridique entre les parties mais les liant moralement. La jurisprudence du Conseil d'État a également dénié toute valeur juridique à l'accord Oudinot du 2 juin 1968 (*Syndicat national indépendant des CRS*, 15 octobre 1971, Recueil Lebon, p. 610) : les dispositions de ce protocole ne peuvent pas être utilement invoquées à l'encontre d'un règlement qu'elles n'ont pu avoir pour effet de rendre caduc. Voir aussi Ass., 29 mars 1973, *Fédération des personnels de la défense nationale CFDT*, Recueil Lebon, p. 247 au sujet d'un accord conclu après les grèves de 1968. Une autre partie de la doctrine ne voit dans ces accords que des actes unilatéraux de l'État.

555 - CE, Sect., 8 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux*, rec. p. 496, *AJDA*, 1974, p. 535, chron. M. Franc et M. Boyon, *Dr. Soc.*, 1975, p. 335, note F. Moderne.



et l'acte qui l'approuve présente un caractère réglementaire⁵⁵⁶ et confère à ses stipulations mêmes un caractère réglementaire (cf. 9.2.2).

L'arrêté d'extension d'une convention collective⁵⁵⁷ est aussi un acte réglementaire, sans que cela change pour autant la nature de l'accord qui, étendu ou non, demeure un contrat de droit privé⁵⁵⁸.

Dans les cas où les stipulations forment objectivement un tout, l'administration ne peut qu'approuver en bloc le contrat ou refuser son agrément, sans pouvoir procéder à un tri entre ses stipulations pour n'approuver qu'une partie d'entre elles⁵⁵⁹.

De même, l'entrée en vigueur de la convention d'assurance chômage, dite convention Unedic, est-elle subordonnée, en vertu de l'article L. 352-2 du code du travail, à l'agrément du ministre du travail qui vérifie sa compatibilité avec les dispositions législatives et réglementaires.

Les conventions collectives du secteur médico-social sans but lucratif dont les dépenses de fonctionnement sont supportées en tout ou partie par des personnes publiques ou par la sécurité sociale⁵⁶⁰ doivent aussi, pour prendre effet, être agréées par le ministre des affaires sociales.

De manière générale, les dispositions législatives conférant un pouvoir d'agrément à l'autorité administrative sont interprétées de manière souple et large par le Conseil d'État⁵⁶¹.

9.3.3. *L'extension des conventions collectives*

L'extension d'une convention collective est prononcée par arrêté du ministre du travail⁵⁶². Le code du travail prévoit à cet effet une procédure spécifique

556 - Avis de l'assemblée générale du Conseil d'État du 10 avril 1975, n° 314926, CE, Sect., 18 février 1977, *Hervouët*, rec. p. 100.

557 - CE, 3 décembre 1975, *Centre national de la cinématographie*, rec. p. 628.

558 - Parallèle intéressant, l'homologation de la convention médicale a aussi pour effet de rendre l'accord applicable à tous les professionnels. Mais s'agissant d'une profession libérale, le législateur a institué une clause individuelle d'« *opting out* » en faveur de chaque praticien. Ce qui fragilise aussi la notion d'organisation syndicale représentative puisque le signataire qui s'engage peut être désavoué par ses propres membres.

559 - CE, 27 juillet 1984, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, *Dr. Soc.* 1984, p. 670, concl. M. Dandelot p. 668.

560 - Article 16 de la loi modifiée du 30 juin 1975.

561 - Ainsi, le ministre des affaires sociales n'a pas commis d'erreur de droit en refusant d'agréer, en application de l'article L. 123-1 du code de la sécurité sociale, un accord d'établissement relatif au versement sur fonds réutilisables d'une prime au personnel d'une caisse primaire d'assurance maladie, motif pris de l'intérêt qui s'attache à la sauvegarde du caractère national des règles applicables aux conditions de travail du personnel des organismes de sécurité sociale et de l'inadéquation du critère retenu pour l'attribution de la prime (27 octobre 1995, *Ministre des affaires sociales et de l'intégration et CPAM de Lille*, requête n° 145977 et 152474). Voir aussi pour l'agrément des sociétés concessionnaires d'autoroutes l'avis d'Assemblée générale du 16 mai 2002 (Rapport public 2003, p. 201).

562 - Le code du travail distingue l'extension de l'élargissement d'une convention collective (L. 133-12 du code du travail), l'élargissement consistant à étendre son champ d'application au-delà de son champ professionnel ou géographique initial. Sur cette distinction, voir « Extension et élargissement des conventions collectives », *Dr. Soc.*, 1993, p. 355.



comportant la publication de la convention dont l'extension est envisagée et sollicitant les réactions des tiers intéressés. Au vu des résultats de l'enquête, le ministre peut procéder à l'extension après avoir effectué à un contrôle de conformité des stipulations de la convention avec les dispositions du code du travail. Une jurisprudence abondante précise l'étendue des pouvoirs du ministre dans un tel cas, notamment quant au point de savoir s'il peut ne procéder à l'extension que d'une partie de la convention.

La question de la divisibilité des conventions collectives et plus largement des contrats figure parmi les questions les plus délicates pour le juge du contrat, de l'homologation ou de l'extension du contrat⁵⁶³. Car le juge ne dispose généralement d'aucune information particulière sur le contexte de la négociation préalable à la conclusion de la convention collective ou sur l'équilibre des concessions qui a finalement prévalu. C'est la raison pour laquelle il s'est longtemps interdit de procéder à l'invalidation partielle d'une clause de convention collective. Mais force est de constater que le Conseil d'État a adopté une conception de plus en plus extensive de la divisibilité des contrats et de l'acte d'extension⁵⁶⁴, au risque de substituer sa propre appréciation à celle des négociateurs.

9.3.4. *Extension et agrément d'accords dérogatoires*

Cas marginal, qui combine les effets de l'extension et de l'agrément, il est arrivé au législateur de subordonner à l'intervention d'un accord étendu des dérogations à la norme unilatérale. L'article L. 212-2 de l'ancien code du travail, abrogé par l'ordonnance du 12 mars 2007, permet ainsi à des conventions ou accords collectifs étendus ou à des accords d'entreprise ou d'établissement de déroger aux dispositions réglementaires définissant l'aménagement et la répartition des horaires de travail. Ces conventions ou accords collectifs dérogatoires n'ont aucun effet juridique entre les parties signataires tant que le ministre du travail ne les a pas agréés. Cette configuration spécifique est très proche de l'homologation ou de l'agrément de la convention médicale ou de l'accord sur l'assurance chômage⁵⁶⁵.

563 - CE, Ass., 9 juillet 1943, *Chambre syndicale des négociants en draperie*, rec. p. 183 ; CE, Sect., 4 mars 1960, *Fédération nationale des industries chimiques*, rec. p. 169, *Dr. Soc.*, 1960, p. 342, concl. Nicolay ; « Divisibilité et indivisibilité des actes administratifs », *AJDA*, 1982, p. 73, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre.

564 - Pour une illustration récente de cette tendance, voir par exemple CE, Sect., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, Recueil Lebon, p. 189, *CJEG*, 2003, p. 410, concl. J.-H. Stahl, *AJDA*, 2003, p. 1150, chron. F. Donnat et D. Casas). Dans cette affaire, le Conseil d'État a reconnu au ministre du travail un pouvoir de conciliation entre les objectifs d'ordre social justifiant l'extension de la convention collective et les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur de l'eau et de l'assainissement. En l'espèce, il a regardé comme divisibles l'arrêté d'extension et donc les stipulations de la convention imposant à l'employeur reprenant une DSP ou un marché public de reprendre les contrats de travail signés par l'employeur sortant, alors que cette clause anticoncurrentielle avait probablement été déterminante dans l'esprit des négociateurs.

565 - J. Barthélémy, « L'agrément des accords collectifs », *Dr. Soc.*, 1987, p. 623.



9.4. Le régime contentieux de l'acte détachable du contrat

La passation et l'exécution des contrats conclus par l'administration, qu'ils soient administratifs ou de droit commun, s'inscrivant dans une procédure complexe, la théorie de l'acte détachable, inventée par le juge administratif pour permettre aux tiers d'attaquer la décision administrative unilatérale ayant autorisé la signature du contrat, illustre l'imbrication entre acte unilatéral et contrat.

Le recours contre un contrat étant depuis la fin du XIX^e siècle réservé aux parties qui l'ont signé⁵⁶⁶, le Conseil d'État a élaboré au début du XX^e siècle la théorie de l'acte administratif unilatéral détachable du contrat pour ne pas priver les tiers de toute faculté de recours contre la formation du contrat⁵⁶⁷. Et il lui est fréquemment arrivé de juger que la seule signature du contrat révélait l'existence d'une décision unilatérale détachable permettant de le signer⁵⁶⁸.

La jurisprudence a, de même, créé de toutes pièces des situations dans lesquelles la modification ou l'interruption du contrat est précédée ou suivie d'un acte unilatéral détachable. Le contentieux de la fonction publique comporte de nombreux exemples de ce genre, concernant notamment les décisions mettant fin à un détachement dans un emploi de contractuel (CE, Sect., 3 mai 1982, *Mme Vidy*, rec. p. 166, *AJDA*, 2002, p. 585, chr. de F. Tiberghien et B. Lasserre⁵⁶⁹) ou refusant de modifier un contrat en cours pour le mettre en conformité avec un nouveau règlement⁵⁷⁰. La jurisprudence a également ouvert aux tiers intéressés le recours pour excès de pouvoir contre une décision de recrutement d'agents contractuels « *eu égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires* »⁵⁷¹.

La jurisprudence admet de longue date qu'une décision détachable puisse être contestée non seulement en raison de ses vices propres⁵⁷² mais encore en raison des illégalités affectant le contrat lui-même⁵⁷³. Et lorsque le contrat est

566 - Pour un rappel récent de cette jurisprudence, voir CE, Sect., 8 novembre 1974, *Époux Figueras*, Recueil Lebon, p. 545.

567 - CE, 4 août 1905, *Martin*, rec. p. 749, DD. 1907.3.49 concl. Romieu, *RDP*, 1906, p. 249, note D. Jèze, CE, Sect., 1906, 3.49, note Hauriou, *GAJA*, 13^e édition, n° 16, p. 92 ; CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, rec. p. 42, *CJEG*, 1999, p. 181 concl. C. Bergeal, *AJDA*, 1999, p. 409, chron. F. Raynaud et P. Fombeur pour les marchés de travaux publics conclus par l'Assemblée nationale, *GAJA*, 13^e édition, n° 114, p. 826.

568 - 9 décembre 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*, p. 1034 ; CE, Sect., 7 avril 1936, *Département de la Creuse*, p. 171 ; CE, Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat technique de l'enseignement technique agricole public*, Recueil Lebon, p. 22 (cf. 10.2.2).

569 - Dans cette hypothèse, la jurisprudence admet que l'agent dont le contrat est résilié par anticipation puisse former un recours pour excès de pouvoir contre la décision mettant fin au contrat et identifie une décision interdépendante de remis à disposition de l'administration d'origine dont le sort dépend de la légalité de la décision de rupture du contrat.

570 - CE, Sect., 25 mai 1979, *Dame Rabut*, rec. p. 231, concl. B. Genevois.

571 - CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, rec. p. 375, concl. J.-H. Stahl.

572 - CE, Sect., 26 mars 1999, *Soc. Hertz France*, rec. p. 96, concl. J.-H. Stahl.

573 - CE, 12 juillet 1918, *Lefebvre*, p. 698 ; Ass., 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français*, Recueil Lebon, p. 469.



lui-même divisible, l'acte détachable n'est annulé qu'en tant qu'il approuve les articles déclarés nuls (CE, Ass., 16 avril 1986, *CLT et autres*, rec. p. 97).

Malgré ces subtilités juridiques, l'application de la jurisprudence sur l'acte détachable peut aboutir à un résultat limité ou à des conséquences purement symboliques car son annulation n'entraîne pas nécessairement celle du contrat⁵⁷⁴. Le juge du contrat, lorsqu'il est saisi par les parties, doit seulement tenir compte du motif d'annulation retenu par le juge de l'excès de pouvoir et du lien existant entre l'acte détachable et le contrat pour décider d'en prononcer ou non la nullité. Et l'obtention de cette annulation par le juge du contrat pouvait jusqu'à une période récente prendre un temps imprévisible puisqu'il fallait s'adresser successivement à plusieurs juges différents, le juge de l'excès de pouvoir, le juge de l'astreinte puis le juge du contrat.

L'intervention des lois du 16 juillet 1980 et du 8 février 1995, qui ont reconnu au juge administratif un pouvoir d'astreinte et d'injonction en vue d'exécuter la chose jugée, et l'évolution de la jurisprudence ont depuis lors singulièrement renforcé les droits du justiciable. Saisi d'une demande tendant à obtenir l'exécution d'un jugement devenu définitif ayant prononcé l'annulation d'un acte détachable, le Conseil d'État a obligé l'auteur de l'acte détachable, sous peine d'astreinte, à saisir le juge judiciaire en vue de faire constater la nullité du contrat⁵⁷⁵. Le tiers au contrat peut désormais contraindre son signataire public à en faire constater la nullité. L'annulation du contrat n'est pas pour autant automatique car le juge de l'exécution doit vérifier dans chaque cas si, eu égard au motif d'annulation de l'acte détachable, le contrat peut ou non aller à son terme et si son annulation n'est pas susceptible de porter une atteinte excessive à l'intérêt général⁵⁷⁶.

C'est en partie pour mettre fin à la complexité de cette situation que le Conseil d'État vient d'ouvrir directement aux concurrents évincés lors de la passation d'un contrat le recours de pleine juridiction contre le contrat lui-même ou contre

574 - Concl. Romieu sur l'arrêt *Martin* précité et sur l'arrêt *Ballande* du 30 mars 1906 ; CE, 1^{er} octobre 1993, *Soc. Le Yacht-Club international de Bormes-les-Mimosas*, Recueil Lebon, p. 875, *AJDA*, 1993, p. 810, concl. M. Pochard, *RFDA*, 1994, p. 248, note Pacteau. Voir aussi les réponses de la section du rapport et des études du Conseil d'État à des demandes d'éclaircissement (ÉDCE, 1990, n° 41, p. 127, *CJEG*, avril 1991, p. 115, note Pacteau ; 3 décembre 1997, *AJDA*, 1998, p. 169, note L. Richer au sujet des conséquences à tirer de l'arrêt *Avriller* du 1^{er} octobre 1997).

575 - CE, Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, Recueil Lebon, p. 430, *RFDA*, 1994, p. 1090, concl. R. Schwartz, note D. Pouyaud ; *AJDA*, 1994, p. 914, chron. L. Touvet et J.H. Stahl. Voir également CE, 27 novembre 1996, *Commune de Moulins*, *AJDA*, 1998, p. 162, note E. Fatôme et L. Leveneur ; CE, 1^{er} octobre 1993, *Soc. Le Yacht-Club international de Bormes-les-Mimosas*, rec. p. 874, *AJDA*, 1994, p. 810, concl. M. Pochard ; CE, Sect., 29 mars 1999, *Soc. Hertz France*, rec. p. 96 pour une décision détachable entachée d'incompétence dont l'annulation entraîne nécessairement la résolution des conventions.

576 - CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, Recueil Lebon, p. 501, *BJDCP*, 2004, n° 33, p. 136, concl. D. Piveteau, *AJDA*, 2004, p. 394, note J.-D. Dreyfus. L. Marcus et A. Perrin, « Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux », *Dr. Adm.*, janvier 2006, p. 5. D. Pouyaud, « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé », *RFDA*, 2007, p. 923.



ses clauses divisibles, assorti le cas échéant de demandes indemnitaires⁵⁷⁷. En contrepartie, le tiers évincé ne pourra plus attaquer les actes détachables, préalables à la signature du contrat. Cette importante décision d'Assemblée ouvre des perspectives nouvelles, dont certaines restent à préciser (cf. 13.5).

Tous ces développements montrent que s'est installée entre l'acte administratif unilatéral et le contrat une zone grise due à l'imbrication croissante entre contrat et acte administratif unilatéral.

Le contentieux des contrats administratifs tient compte de cette imbrication puisqu'il offre désormais des voies de recours graduées : le tiers au contrat peut attaquer pour excès de pouvoir l'acte détachable du contrat ; les parties peuvent demander directement l'annulation du contrat au juge de plein contentieux ; entre ces deux catégories, les candidats évincés peuvent également saisir le juge de plein contentieux d'une demande d'annulation du contrat. À travers cette imbrication entre acte administratif unilatéral et contrat, les administrés cherchent à obtenir la garantie que l'acte administratif unilatéral ne sera pas modifié sans leur accord. Le contrat, lorsqu'il est mêlé à l'acte administratif unilatéral, sert en définitive à assurer la sécurité juridique du bénéficiaire de cet acte : en théorie modifiable à tout moment pour l'avenir, la règle de droit fixée dans un acte unilatéral à élaboration contractuelle ne peut être changée qu'avec un préavis et qu'avec l'accord des intéressés ; elle doit en outre s'accompagner de mesures transitoires. En d'autres termes, l'acte unilatéral à élaboration contractuelle ne peut pas être retiré par l'administration dans les conditions du droit commun.

577 - CE, Ass., 16 juillet 2007, *Soc. Tropic Travaux signalisation*, requête n° 291545. L'arrêt limite l'ouverture de ce recours aux concurrents évincés alors que le commissaire du gouvernement proposait d'y adjoindre les usagers du service public et, éventuellement, le contribuable local justifiant d'une atteinte à leurs droits patrimoniaux.



Troisième partie

Utiliser le contrat à bon escient

« Puisqu'en autres termes le régime libéral ou contractuel l'emporte de jour en jour sur le régime autoritaire, c'est à l'idée de contrat que nous devons nous attacher comme à l'idée dominante de la politique. »

*Pierre-Joseph Proudhon,
Du principe fédératif, 1863.*

De plus en plus imbriqué avec la loi et l'acte administratif unilatéral, le contrat est devenu pour l'administration un instrument largement utilisé pour conduire l'action publique et édicter des normes. Faut-il lui réserver davantage d'espace ? Répondre à cette question suppose de prendre au préalable la mesure des contraintes internationales et constitutionnelles ainsi que des limites traditionnelles à son utilisation dans le droit français. Les expériences étrangères fournissent aussi des repères utiles. Recenser les avantages et les risques de l'acte unilatéral et du contrat constitue une étape préalable à la formulation de propositions pour un usage à bon escient du contrat.

10. Les contraintes constitutionnelles et communautaires

Si la liberté contractuelle ouvre un vaste champ au développement du contrat, celui-ci n'est pas illimité. Car des contraintes multiples encadrent l'exercice du pouvoir contractuel et des domaines lui restent interdits ou fermés.

10.1. L'exigence contractuelle

La liberté contractuelle fait depuis peu partie du socle juridique communautaire et constitutionnel.

10.1.1. Les contraintes communautaires

La construction européenne réserve une place significative au contrat et s'accompagne de travaux en vue de parvenir à terme à un droit européen des contrats



civils mais elle a également introduit de nouvelles disciplines pour les collectivités publiques, en particulier en matière de concurrence.

10.1.1.1. L'Europe, civilisation du contrat ?

L'Europe encourage le recours au contrat comme instrument juridique le plus approprié pour la mise en œuvre des politiques publiques. Le Livre blanc de la Commission européenne du 25 juillet 2001 consacré à la gouvernance européenne⁵⁷⁸ énumère quatre objectifs dont trois recourent des thèmes déjà identifiés : « *une meilleure implication de la base dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques* » (c'est l'aspect procédural dans l'élaboration de la norme unilatérale ou contractuelle), « *la création de synergies avec les réseaux locaux* » (c'est l'aspect décentralisation et coordination des actions entre partenaires) et le « *développement des accords contractuels en tant qu'instrument de mise en œuvre plus efficiente des politiques* » (c'est l'aspect efficacité des politiques publiques).

Ce modèle européen de gouvernance, articulé autour d'un processus permanent de négociation à la fois dans l'élaboration et dans l'application de la norme juridique, unilatérale ou contractuelle, est en train d'imprégner profondément les droits nationaux.

Le processus d'élaboration de la norme européenne repose lui-même sur la négociation et sur la recherche du compromis par le biais de concessions réciproques permanentes. Alors que la norme unilatérale demeure en France encore très souvent imposée, l'élaboration de la norme unilatérale communautaire fait appel, en amont, à une technique qui s'apparente à une négociation contractuelle. Les organes de l'Union sont perméables aux impulsions et apports des 7000 lobbyistes présents à Bruxelles. Les mécanismes interinstitutionnels, notamment le Conseil affaires générales ou la procédure de codécision entre la Commission et le Parlement⁵⁷⁹, transforment l'élaboration de la norme communautaire en un système donnant-donnant, où les vingt-sept États membres troquent en permanence des concessions réciproques pour parvenir à des compromis acceptables. La négociation de la directive Bolkestein, devenue directive sur les services, illustre ce processus de décision qui fait de la norme unilatérale l'aboutissement de compromis successifs. Cette culture de compromis entre les États et ce processus permanent de négociation fonctionnent en réalité à deux niveaux : entre les États membres mais aussi entre les institutions de l'Union (Commission, Parlement, Conseil). Seule la Cour de Luxembourg échappe à l'emprise de cette culture et à cette approche contractuelle de l'élaboration de la norme juridique.

L'application de la norme communautaire fait de même assez largement appel à une négociation permanente. Si l'Union compte 25 000 fonctionnaires, l'application de sa production normative et contractuelle repose de fait surtout sur les administrations et les juridictions des États membres. L'article 4.3 du traité de Lisbonne a consolidé l'obligation de coopération loyale et mutuelle entre

578 - COM (2001) 428 final.

579 - Rapport public du Conseil d'État, *L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ?*, La Documentation française, 2007.



l'Union et les États membres dans l'application des missions découlant du traité ainsi que l'obligation pour les États membres d'exécuter les actes des institutions de l'Union. L'application de la norme communautaire dépend ainsi au quotidien de mécanismes d'information et de compromis réciproques. Et le recours par la Commission à l'action en manquement auprès de la Cour de justice sanctionne le plus souvent l'échec, en amont, du processus de négociation dans l'application de la norme communautaire.

10.1.1.2. Vers un droit européen des contrats ?

Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que les autorités européennes cherchent à promouvoir l'Europe du contrat⁵⁸⁰. Dès 1989 et régulièrement depuis, **le Parlement européen souligne qu'un marché intérieur uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans efforts d'harmonisation du droit civil.** Après la Communication du 11 juillet 2001 de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen à propos du droit européen des contrats⁵⁸¹, un large débat s'est ouvert sur la perspective d'un rapprochement du droit des contrats au niveau communautaire. La Commission souhaitait à l'époque stimuler des investigations sur la question de savoir si le fonctionnement du marché intérieur était ou non entravé par des problèmes liés à la conclusion de contrats internationaux.

Les préoccupations de la Commission ont rencontré celles de la doctrine internationale qui milite depuis longtemps en faveur d'une harmonisation du droit des contrats au niveau européen, en particulier à travers ses efforts de codification : les Principes du droit européen des contrats élaborés depuis les années 1970 par la « Commission Lando »⁵⁸² ; les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ; ou encore l'avant-projet de code européen des contrats élaboré depuis 1990 par le « groupe de Pavie » de l'Académie des privatistes européens. Comme l'observe Bénédicte Fauvarque-Cosson⁵⁸³, ces codifications veulent faciliter le commerce international, renforcer le marché unique et constituer une sorte de « loi-modèle ». Cependant, cette harmonisation se heurte à l'absence de volonté politique de la part des États membres et au questionnement sur l'existence d'un véritable besoin en la matière.

Le 12 février 2003, la Commission a proposé un plan d'action pour le droit des contrats privilégiant non seulement l'amélioration de l'acquis communautaire, mais aussi l'amélioration d'un cadre commun de référence, qui pourrait même constituer un instrument optionnel. En 2004, lors d'une nouvelle communication,

580 - Voir l'annexe 2 sur l'historique de ces efforts.

581 - COM (2001) 398.

582 - D. Mazeaud, « Un droit européen en quête d'identité », in *Les principes du droit européen du contrat*, Dalloz, 2007, p. 2959.

583 - B. Fauvarque-Cosson, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », Dalloz, 2007.



la Commission a relancé l'idée d'un cadre commun de référence (CCR)⁵⁸⁴ et proposé d'approfondir les réflexions sur l'instrument optionnel en droit européen des contrats. Le CCR, qui ne serait pas un code, fournirait « *aux législateurs européens (la Commission, le Conseil et le Parlement européen) une "boîte à outils" ou un manuel qu'ils pourraient utiliser lors de la révision de la législation existante et de l'élaboration de nouveaux instruments dans le domaine du droit des contrats* »⁵⁸⁵. **Cette boîte à outils comporterait trois tiroirs : les principes fondamentaux communs de droit des contrats, assortis de lignes directrices pour les cas où des exceptions à ces principes seraient requises ; les définitions des principaux termes juridiques abstraits ; des règles modèles distinctes selon que les contrats sont conclus entre professionnels ou entre professionnels et consommateurs.**

Le 7 septembre 2006, une résolution du Parlement européen sur le droit européen des contrats⁵⁸⁶ a rappelé que « *l'initiative concernant le droit européen des contrats est la plus importante qui soit en cours dans le domaine du droit civil* » et souligné que « *si l'objet et la forme juridique définitifs du CCR ne sont pas encore clairement établis, les travaux relatifs à ce projet devraient être exécutés de manière adéquate, en tenant compte du fait que le résultat final à long terme pourrait être un instrument contraignant* ». Et dans sa résolution du 6 décembre 2007⁵⁸⁷, le Parlement « *souligne sa conviction qu'une approche visant à mieux légiférer en ce qui concerne le CCR signifie que le CCR ne peut être limité aux questions relatives au droit des contrats des consommateurs et doit être axé sur les questions relatives au droit général des contrats* ».

Malgré ce souhait du Parlement, les travaux en cours ne devraient pas déboucher sur un règlement, la compétence de l'Union sur le fondement de l'article

584 - En pratique, l'élaboration de ce CCR a été confiée à un réseau commun pour le droit des contrats européens composé de chercheurs et de praticiens : « *un consortium de chercheurs financé dans le cadre du 6^e programme-cadre de recherche et de développement technologique a été chargé de rédiger un projet complet. Le démarrage de ces travaux fixé au début de l'année 2005 doit s'achever à la fin de l'année 2007. Trois groupes ont été retenus au titre de ce consortium, le chef de file étant le Groupe d'études sur un code civil européen dirigé par le professeur Christian Von Bar. Suit le Groupe acquis communautaire puis un troisième groupe ayant vocation à travailler sur les contrats d'assurance* », in D. Blanc, J. Deroulez, *La longue marche vers un droit européen des contrats*, Dalloz 2007. Cinq autres groupes jouent un rôle critique. Un de ceux-là est formé par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée ; il est chargé de porter un regard critique sur les Principes du droit européen du contrat, en cours de révision au sein du groupe présidé par le professeur C. Von Bar, et de travailler sur les définitions et principes fondamentaux en droit européen des contrats. Ses travaux, d'une très grande qualité, démontrent la forte implication des juristes français dans cette réflexion. Les principes fondamentaux mis en évidence sont la liberté, la loyauté et la sécurité contractuelles. La remise des travaux des huit groupes a eu lieu fin 2007 et va donner lieu à une nouvelle phase de consultation. Sur le résultat de ces travaux, voir *Droit européen des contrats : à la recherche du temps perdu*, Droit et patrimoine, dossier spécial, décembre 2007, p. 39 et suiv.

585 - <http://ec.europa.eu>

586 - P6_TA (2006) 0352. Elle reprend d'ailleurs sur ce point la résolution du 23 mars 2006 P6_TA (2006) 0109.

587 - P6_TA (2007) 0615.



95 du TCE étant contestée et la quasi-totalité des États membres⁵⁸⁸, dont la France, n'étant pas favorables à une harmonisation du droit des contrats et du droit civil.

Dans ces conditions, le débat s'est un temps déplacé sur un autre terrain : celui de la faculté pour les parties de désigner, en tant que droit applicable à leur contrat, autre chose qu'une loi étatique (contrat sans loi). Ainsi, la Proposition de règlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) du 15 décembre 2005⁵⁸⁹ prévoyait en son article 3 § 2 que « *Les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire. Toutefois, les questions concernant les matières régies par ces principes ou règles et qui ne sont pas expressément tranchées par eux seront réglées selon les principes généraux dont ils s'inspirent, ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable à défaut de choix en vertu du présent règlement* ». Cet article 3 § 2 a cependant été supprimé en première lecture par le Parlement le 29 novembre 2007⁵⁹⁰ suite à un accord négocié avec le Conseil.

Le projet définitif de CCR doit être remis par les chercheurs à la fin de l'année 2008. Il était à l'origine prévu que la Commission adopterait le CCR en 2009, avant sa publication au *JOUE*. En principe, ce calendrier reste tenable puisque les travaux des universitaires réunis dans le réseau commun⁵⁹¹ ont été remis fin 2007 à la Commission et en janvier 2008 au Parlement européen. Toutefois, il n'est pas certain qu'une telle adoption s'ensuivra, faute de volonté politique forte.

Un droit européen des contrats est donc en gestation sous l'influence de la doctrine, relayée par les institutions européennes. L'exercice s'avère difficile car il suppose de « *définir le fonds commun de valeurs sur lequel se sont bâtis les différents droits civils* ». Il témoigne de ce « *métissage juridique, cette hybridation progressive et réfléchie* »⁵⁹² vers, sinon une unification, au moins une harmonisation des droits des contrats.

Dans l'attente de cette échéance encore lointaine, plusieurs États membres s'emploient à moderniser leur droit des contrats ou leur code civil. L'Allemagne l'a fait en 2002 pour son droit des obligations à l'occasion de la transposition d'une directive et les Pays-Bas ont refondu leur code civil. Comparativement, la France apparaît en retard⁵⁹³. Toutefois, un projet de réforme est actuellement en cours à la Chancellerie. Il s'appuie sur un avant-projet de réforme du droit des obligations rédigé et publié à l'initiative du professeur Pierre Catala⁵⁹⁴.

588 - La compétence de la Commission, sur la base de l'article 153, n'étant en revanche guère contestable en ce qui concerne le droit de la consommation, on comprend mieux que ses efforts se soient finalement portés en 2005 sur ce domaine prioritaire en vue d'élaborer une législation harmonisée (cf. annexe 2).

589 - COM (2005) 650 final.

590 - P6_TA (2007) 0560.

591 - Désigné sous le vocable « CoPECL network ».

592 - *Ibid.*

593 - Son droit des obligations paraît vieilli, vu de l'étranger. En particulier la notion de cause du contrat, très datée, n'a guère d'équivalent à l'étranger.

594 - La Documentation française, 2005.



10.1.1.3. Liberté contractuelle et disciplines du marché unique

Sans attendre ce droit européen des contrats, des directives, des règlements et la jurisprudence de la CJCE ont fait émerger de nouvelles règles, destinées à protéger les cocontractants de l'administration, qui encadrent désormais très strictement les contrats passés par les personnes publiques ou assimilées. **Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité**, notamment entre les entreprises des États membres de l'Union européenne, **a ainsi conduit à la définition de règles communautaires de transparence** dans diverses directives relatives aux marchés publics de travaux, de fournitures ou de services⁵⁹⁵. Car l'Union est partie d'une situation préexistante de cloisonnement des marchés en ce qui concerne l'accès à la commande publique et du présupposé, souvent vérifié, selon lequel toute réglementation nationale tend à reconnaître une préférence aux entreprises nationales ou locales⁵⁹⁶.

Ces règles nouvelles s'appliquent aux marchés publics en vertu des directives de 2004⁵⁹⁷ et à tous les autres contrats, dont les contrats de concession ou de partenariat, en vertu de la jurisprudence de la Cour. Celle-ci retient en effet à la charge des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, en se référant directement aux règles fondamentales du traité et au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, une obligation de transparence permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier que ce principe est respecté pour les opérations échappant au champ d'application des directives, c'est-à-dire l'obligation de « *garantir en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* »⁵⁹⁸.

Affirmé à l'occasion d'un litige portant sur l'attribution d'une concession, le principe de transparence, qui implique une procédure plus légère que celle prévue par les directives « marchés publics » de 2004, a été étendu par la Cour à tout contrat passé par une collectivité publique et susceptible d'exercer une

595 - « La portée des obligations de publicité et de mise en concurrence dans le droit de la commande publique », in *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, La Documentation française, p. 281.

596 - Les acheteurs publics sont donc supposés ne pas obéir seulement à la rationalité économique dans leur acte d'achat et perturber le fonctionnement normal du marché en poursuivant à travers lui d'autres buts. Par exemple la Commission s'oppose aux autorités espagnoles sur la préférence nationale pratiquée dans les achats des communautés autonomes.

597 - Sur leur définition et leur objet, se reporter au 7.4.1.2 et au 13.3.1.6.

598 - CJCE, affaire C-324/98, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH, Teefonadress GmbH* ; *AJDA*, 2001, p. 106, note L. Richer pour une DSP. La méconnaissance de ce principe, lorsqu'elle est constatée par la Cour, peut conduire l'État membre, en fonction des circonstances de l'espèce (contrat de longue durée permettant au manquement de perdurer longtemps), à annuler le contrat irrégulièrement passé, sans qu'il puisse se prévaloir de son organisation fédérale ou de son droit civil interne (Le recours en manquement pour violation du droit communautaire des marchés publics, conclusions sur CJCE, affaire C-503/04, 18 juillet 2007, *Commission c/ RFA* et note P. Delvolvé, *AJDA*, 2007, p. 958 qui interprète l'arrêt comme obligeant nécessairement cet État à annuler le contrat irrégulièrement passé). Pour une application de la notion de pouvoir adjudicateur en application de la jurisprudence *Telaustria* aux sociétés d'autoroute selon que leur capital est ou non majoritairement détenu par l'État, voir l'avis d'Assemblée générale du 16 mai 2002 (Rapport public 2003, p. 201).

influence sur le commerce intracommunautaire⁵⁹⁹. La CJCE admet néanmoins des exceptions à ce principe pour les « services non prioritaires » lorsqu'il n'est pas démontré que leur attribution présente un intérêt transfrontalier⁶⁰⁰. Sa récente décision *Commission c/ Irlande* étend et limite à la fois la jurisprudence *Telaustria* : si le marché non prioritaire au sens de l'annexe I B de la directive 92/50 du 18 juin 1992 présente un intérêt transfrontalier malgré l'affirmation en sens contraire de l'État membre, le principe de transparence issu de la jurisprudence *Telaustria* reçoit application à ce marché inclus dans le champ d'application de la directive et implique une publicité préalable adéquate pour l'avis relatif à ce marché ; en l'absence d'intérêt transfrontalier, la procédure prévue par les directives suffit et la jurisprudence *Telaustria* ne s'applique pas.

Le principe de transparence est donc susceptible de s'appliquer à un contrat d'aménagement et peut-être un jour à un contrat d'occupation du domaine public⁶⁰¹. Il s'appliquera aussi, en vertu du décret du 19 septembre 2007, à la sélection par l'État des organismes qui seront habilités à bénéficier de la participation de l'État au financement des régimes complémentaires de protection sociale de ses propres agents. Autrefois versée sous forme de subventions aux mutuelles de la fonction publique retenues sans consultation préalable, cette

599 - CJCE, affaire C-231/03, 21 juillet 2005, *Coname*, CP-ACC p. 2005, n° 50 note L. Richer pour une concession ; BJDCP, 2005, n° 443, p. 446, concl. Stix-Hackl, *AJDA*, 2005, p. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; CJCE, affaire C-264/03, 20 octobre 2005, *Commission c/ France*, pour un marché public ne relevant pas des directives communautaires, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, *AJDA*, 2006, p. 247. La CJCE admet néanmoins des exceptions pour les « services non prioritaires » lorsqu'il n'est pas démontré que leur attribution présente un intérêt transfrontalier (CJCE, affaire C-507/03, Grande chambre, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, *Chronique de jurisprudence communautaire, Marchés publics, AJDA*, 2007, p. 2254).

600 - CJCE, affaire C-507/03, Grande chambre, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, *Chronique de jurisprudence communautaire, Marchés publics, AJDA*, 2007, p. 2254.

601 - La question de l'application du principe de transparence en vertu de la jurisprudence *Telaustria* à la passation d'un bail emphytéotique administratif et plus généralement d'un contrat d'occupation du domaine public n'a pas encore été formellement tranchée (voir en ce sens les conclusions D. Casas sous CE, Ass., 4 novembre 2005, *Soc. Jean-Claude Decaux*, rec. p. 476 et le considérant 24 de l'exposé des motifs de la directive 2004/18 du 31 mars 2004). La CJCE a seulement jugé qu'une concession d'utilisation d'un bien domanial était une « location de biens immeubles » au regard de la TVA (CJCE, affaire C-174/06, *Ministero delle Finanze-Ufficio IVA di Milano contre CO. GE. P Srl*, 25 octobre 2007). Elle n'est en tout cas pas imposée par la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. La réponse à cette question en droit national ne semble toutefois pas incomber au législateur, qui n'a d'ailleurs prévu aucune règle de procédure ou de publicité dans la loi du 5 janvier 1998 autorisant les collectivités territoriales à conclure des BEA sur leur domaine public, mais au pouvoir réglementaire (Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 se prononçant sur la loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure) : « ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés et contrats passés par l'État soient définies par la loi ; que la question de savoir si le choix du cocontractant de l'État devra ou non être précédé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence relève du décret en Conseil d'État (...) sous le contrôle de la juridiction administrative ». De fait, « la mise en concurrence des candidats à l'occupation du domaine public n'est pas de règle et ne résulte d'aucune exigence constitutionnelle » (*Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 13, *Jurisprudence*, décision n° 2002-460 DC ; voir aussi Y. Gaudemet, « Le contrat administratif, un contrat hors la loi », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17, p. 91 et suiv. à propos de cette même décision). Mais la question de la compatibilité de cette solution avec la jurisprudence *Telaustria* demeure ouverte.



participation sera désormais versée à des organismes sélectionnés après mise en concurrence respectant, conformément à la jurisprudence *Albany* de la CJCE⁶⁰², les obligations de transparence et de non-discrimination.

Le principe de transparence ne s'applique pas en revanche lorsqu'un service de sapeurs-pompiers fournit à la population, hors marché, en application de la loi et avec ses propres moyens des transports d'urgence en ambulance⁶⁰³.

Il ne s'applique pas non plus aux prestations délivrées dans le cadre d'un marché « in house »⁶⁰⁴. Il s'agit de contrats passés avec une entité soumise de la part de l'autorité publique adjudicatrice à un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise avec cette autorité l'essentiel de son activité. La jurisprudence donne une interprétation assez restrictive de cette notion : la convention passée par deux pouvoirs adjudicateurs pour la réalisation d'un pôle de loisirs n'a pas été qualifiée de contrat « in house »⁶⁰⁵ (CJCE, 18 janvier 2007, affaire C-220/05, *Auroux*, *AJDA*, 2007.1125, chronique de E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert). Mais deux décisions récentes témoignent d'un certain assouplissement⁶⁰⁶.

Cette jurisprudence communautaire a précédé de peu la reconnaissance par le Conseil constitutionnel des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence de la commande publique (cf. 10.1.2.2). Avec une différence majeure toutefois : **pour les autorités européennes, Commission et CJCE, les**

602 - CJCE, affaire C-67/9621, septembre 1999, *Albany International BV et Stichting Bedrijfs-pensioenfonds Textielindustrie*, rec. I-5751. Si les régimes conventionnels de protection sociale complémentaire ne sont pas soumis au droit communautaire de la concurrence, les organismes d'assurance les mettant en œuvre le sont. Voir aussi sur ce point le décret n° 2007-1373 du 19 septembre 2007 et J.-D. Dreyfus, L'appel à la concurrence en matière de subventions aux mutuelles, *AJDA*, 2007, p. 2083.

603 - CJCE, affaire n° C-532/03, 18 décembre 2007, *Commission c/ Irlande*, *AJDA*, 2007, p. 2408, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert. Un contrat confiant le transport d'urgence en ambulance aux pompiers de Dublin n'est pas un marché.

604 - CJCE, affaire C-107/98, 18 novembre 1999, *Teckal*, rec. I-8123 ; affaire C-94/99, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz* et affaire C-458/03, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, *BJDCP*, 2005, n° 443, p. 454, concl. J. Kokott, *AJDA*, 2005, p. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert. Voir aussi sur cette notion P. Delvolvé, « Marchés publics : des contrats-maison », *Rev. du droit de l'UE*, 2002, p. 55, L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, coll. « Manuels », 4^e édition, Paris, LGDJ, 2004, n° 543 et *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, 2002, p. 307 et suiv.

605 - La participation d'actionnaires privés au capital de l'aménageur, société d'économie mixte, excluait que la commune puisse être regardée comme exerçant sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

606 - Dans le premier cas, la CJCE a admis qu'une ville exerçait sur une société de transport public dont elle détenait la totalité du capital un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services et que la ville pouvait donc lui attribuer directement le service public des transports de la ville (CJCE, 6 avril 2006, affaire C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori*). Dans le second, elle a reconnu le caractère de contrat « in house » aux marchés passés par l'État espagnol ou les communautés autonomes et une entreprise publique dont 99 % du capital était détenu par l'État et 1 % par quatre communautés autonomes. De la détention de la totalité du capital par les pouvoirs publics, pouvoirs adjudicateurs, la Cour a déduit l'exercice sur la société d'un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services (CJCE, 19 avril 2007, affaire C-295/05, *Association Nacional de Empresas Forestales*, *AJDA*, 2007, p. 1125, chron. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert).



directives sur les marchés publics ont pour finalité la mise en application effective des libertés fondamentales d'entreprendre (liberté de circulation des marchandises, liberté d'établissement et libre prestation de services). La liberté contractuelle découlant uniquement de la liberté d'entreprendre, toute la problématique européenne de la liberté contractuelle a été abordée sous l'angle du Marché intérieur et de l'impact réel de la commande publique sur le fonctionnement du marché, domaine où les préoccupations de concurrence sont prédominantes. La jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle du Conseil d'État revêtent pour leur part, comme on va le voir, une portée plus large.

10.1.2. Les contraintes constitutionnelles

La constitutionnalisation de la liberté contractuelle a conduit à renouveler profondément l'analyse de la contractualisation et débouche sur de nouvelles contraintes pour l'administration, qui rejoignent, sans tout à fait coïncider avec elles, celles que le droit communautaire a fait prévaloir.

10.1.2.1. La liberté contractuelle, liberté constitutionnelle

Le statut de la liberté contractuelle a été constamment renforcé depuis une trentaine d'années, sous l'influence de la jurisprudence convergente du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel.

- Le Conseil d'État a tout d'abord jugé que la liberté contractuelle constituait un principe général du droit, c'est-à-dire un principe de valeur au moins législative⁶⁰⁷, aussi bien pour les personnes privées⁶⁰⁸ que pour les personnes publiques⁶⁰⁹. Il considère, de même, que la liberté contractuelle constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative sur le référé-liberté⁶¹⁰.

607 - CE, 7 février 1986, *Association FO Consommateurs*, Recueil Lebon, p. 31 ; 20 janvier 1989, *Soc. GBA Berry-Loire*, rec. p. 26 ; CE, Sect., 29 janvier 1998, *Soc. Borg Warner*, rec. p. 20, *CJEG* 1998, p. 306, concl. C. Bergeal et p. 269, étude F. Moderne.

608 - 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr*, rec. p. 178, *AJDA*, 1998, p. 831, concl. C. Maugué, *RFDA*, 1998.640.

609 - CE, 20 mars 2000, *Mayer et Richer*, requête n° 202295, *AJDA*, 2000, p. 756, obs. Y. Jégouzo pour les établissements publics à caractère technique, culturel et professionnel ; 15 décembre 2000, *Banque de France c/ Grosjman*, requête n° 203331. Sur la valeur de ce principe en droit administratif, voir aussi C. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694 et B. Stirn, « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA*, 1998, p. 673. Mais « l'autonomie de gestion qu'implique l'attribution de la personnalité morale à un établissement public ne fait pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire impose à l'ensemble des établissements publics de l'État d'avoir recours à des prestataires déterminés (...) de même le pouvoir réglementaire peut fixer le régime juridique des contrats administratifs passés par les établissements publics de l'État, entre eux ou avec des services de l'État, pour les besoins de leurs missions d'intérêt général » (CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, rec. p. 20).

610 - Juge des référés, 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, rec. p. 551.



• La liberté contractuelle s'est vue reconnaître, non sans détours⁶¹¹, une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel⁶¹², implicitement d'abord⁶¹³, puis explicitement⁶¹⁴. Selon sa jurisprudence, elle tire sa source de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) et, pour ce qui concerne les partenaires sociaux, du Préambule de la Constitution de 1946⁶¹⁵. Le Conseil d'État s'est référé à son tour au seul article 4 de la DDHC pour fonder la liberté contractuelle⁶¹⁶.

La conception française de la liberté contractuelle et son fondement apparaissent donc sensiblement différents de ceux de l'Union européenne : alors que pour cette dernière tout part et ramène à la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire au marché, **la liberté contractuelle revêt en France une quadruple dimension : elle est inhérente à l'autonomie des collectivités territoriales (cf. 4), elle découle de la liberté individuelle et des droits naturels, civils et politiques, elle met en œuvre la participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail et, dans une moindre mesure, contribue à la liberté d'entreprendre**⁶¹⁷.

La liberté contractuelle implique donc pour les personnes privées la faculté de refuser la signature d'un contrat⁶¹⁸ et celle de pouvoir rompre unilatéralement un contrat de droit privé à durée indéterminée⁶¹⁹.

611 - Dans sa décision n° 94-348 DC du 3 août 1994 (JCP 1005. II. 22404, note Y. Brussolle), le Conseil avait jugé que « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle » puis dans sa décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 (RTDciv, 1998, p. 99, note M. Molfessis ; *Dr. Soc.*, 1997, p. 416, note X. Prétot ; JCP 1997, I. p. 4039, note M. Fabre-Magnan, *LPA*, 17 octobre 1997, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, p. 13 ; *Dr. Soc.*, 1999, p. 234, obs. L. Favoreu) que si le principe de liberté contractuelle n'avait pas en lui-même valeur constitutionnelle, sa méconnaissance pouvait être invoquée « dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ». La doctrine avait en revanche considéré (note 186) que la liberté contractuelle constituait une des composantes du principe de libre administration des collectivités locales (décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *RFDA*, 1993, p. 903, note Pouyaud, *LPA*, 2 juin 1993, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, p. 6 ; décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *RFDA*, 1995, p. 876, note D. Rousseau, *LPA*, 20 octobre 1995, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, p. 8).

612 - A. Duffy, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RDP*, 2006, p. 1569.

613 - Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998.

614 - Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000.

615 - Décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, rec. p. 35 ; décision n° 98-401 du 10 juin 1998 sur la loi Aubry I, considérant 29, *RTD civ.* 1998, p. 796, note N. Molfessis, *LPA*, 2 décembre 1998, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, p. 18, *Dr. Soc.*, 2000, p. 60 obs. L. Favoreu, *AJDA*, 1998, p. 495, obs. J.-E. Schoetl ; décisions n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003 et n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005 qui se réfèrent aussi au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 s'agissant des conventions collectives.

616 - CE, 28 juillet 2000, *Laboratoire Paucourt et autres*, requête n° 208103.

617 - Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, rec. p. 119, considérants 21 à 27.

618 - Voir en ce sens la décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003 (loi portant décentralisation en matière de RMI et créant un RMA). Le contrat d'adhésion est donc subordonné à son acceptation formelle.

619 - Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.



- La liberté contractuelle étant garantie par la Constitution⁶²⁰, une loi nouvelle peut-elle modifier les contrats en cours et dans quelles conditions ?

Il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel « *qu'en inscrivant la sûreté au rang des droits de l'homme, l'article 2 de la Déclaration de 1789 n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications aux contrats en cours d'exécution* »⁶²¹ et qu'« *antérieurement à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946, diverses lois ont, pour des motifs d'intérêt général, fixé des règles s'appliquant à des contrats en cours ; qu'ainsi, la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens (...) du Préambule* »⁶²². Mais « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la DDHC de 1789* »⁶²³. En 2003, le Conseil constitutionnel a ajouté comme autre fondement à la liberté contractuelle l'article 16 de la DDHC qui, à travers la garantie des droits, renvoie à la sécurité juridique⁶²⁴, d'où l'absence de ce fondement, parfois observé par certains commentateurs lorsque la sécurité juridique n'est pas en cause⁶²⁵. L'atteinte portée par le législateur aux contrats légalement conclus doit dans tous les cas être proportionnée à la contribution que la disposition en cause apporte à la réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle⁶²⁶ ou être justifiée par un

620 - Voir cependant F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? » *RFDA*, 2006, p. 2. L'auteur considère que cette reconnaissance demeure discrète et incomplète car toujours rattachée à une autre liberté constitutionnelle : la liberté d'entreprendre, la libre administration des collectivités territoriales, la libre participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail. Et elle est actuellement surtout abordée en rapport avec l'exigence constitutionnelle de sécurité juridique.

621 - Décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989 sur la loi modifiant la loi du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, considérant 12.

622 - *Ibidem*, considérant 13.

623 - La décision n° 98-401 susmentionnée relève sur ce point qu'en l'espèce « *les incidences de l'entrée en vigueur des articles 1 et 3 de la loi déferée sur les contrats de travail ainsi que sur les accords collectifs en cours, lesquelles sont au demeurant inhérentes aux modifications de la législation du travail, ne sont pas de nature à porter une telle atteinte à cette exigence* ». Si la modification des contrats en cours est la règle en droit du travail (cf. en ce sens Cass. Soc., 12 juillet 2000, Bull. civ. IV, n° 278), cette solution est fréquente (décision n° 99-423 DC du 13 juin 2000) et d'application large, sous réserve de justifier d'un motif d'intérêt général (décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, considérants 93 et 94). Une décision postérieure admet de même que « *s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la DDHC* » (décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 sur la loi portant création d'une CMU, considérant 19, *AJDA*, 1999, p. 700, note J.-E. Schoetl, *LPA*, 20 octobre 1999, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, p. 23). Cette dernière décision relève également que le législateur n'ayant pas entendu exclure toute indemnisation, il n'a pas porté aux contrats en cours d'exécution une atteinte contraire, par sa gravité, aux principes posés par les articles 4 et 13 de la DDHC (*ibidem*, considérant 27).

624 - Décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003.

625 - Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, rec. p. 50, considérant 23 ; décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, rec. p. 120, considérant 29.

626 - Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000 sur la loi SRU, considérant 50.



motif d'intérêt général⁶²⁷. Et si le législateur impose la résiliation des contrats en cours, cette exigence doit être inhérente aux modifications opérées par la loi et il doit être laissé, pour procéder à cette résiliation, un délai suffisant⁶²⁸.

• Cette protection des contrats en cours légalement conclus vient d'être renforcée par le Conseil d'État dans deux importantes décisions. En premier lieu, la loi nouvelle ne s'appliquant pas en principe aux situations contractuelles en cours, elle doit, lorsque le législateur décide néanmoins de son application immédiate pour des raisons d'ordre public, prévoir, pour des motifs de sécurité juridique, des mesures transitoires lorsque les règles nouvelles portent une atteinte excessive aux situations en cours⁶²⁹. En second lieu, eu égard au principe de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne doit pas être porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, le Conseil d'État a, pour la première fois de son histoire, limité l'effet rétroactif qui s'attache aux changements de jurisprudence : le nouveau recours ouvert aux concurrents évincés du contrat (cf. 9.4) ne pourra être exercé, sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant le 16 juillet 2007, qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée après le 16 juillet 2007⁶³⁰.

Pour le Conseil constitutionnel comme pour le Conseil d'État, la liberté contractuelle n'est donc pas absolue et la loi, pour des motifs d'intérêt général, peut y porter atteinte. Autre trait dominant de la période récente, **le principe de sécurité juridique a pénétré la sphère contractuelle et contribue à rapprocher le droit national du droit communautaire**, qui lui reconnaît une place primordiale.

10.1.2.2. Le libre accès à la commande publique, exigence constitutionnelle

De la jurisprudence du Conseil constitutionnel découlent des contraintes pour l'administration en matière de commande publique. Pour le Conseil en effet, le principe de transparence est un objectif économique d'intérêt général justifiant une restriction à la liberté d'entreprendre⁶³¹.

Et le libre accès à la commande publique découle pour lui d'exigences constitutionnelles, plus précisément de trois principes : les principes d'égalité, d'égalité devant les charges publiques et de la nécessité des dépenses publiques et du consentement à ces dépenses figurant respectivement aux articles 6, 13 et 14 de

627 - Décision n° 2006-543 du 30 novembre 2006, considérants 29 à 31.

628 - Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, considérants 26 à 28.

629 - CE, Ass., 24 mars 2006, *Soc. KPMG et autres*, Recueil Lebon, p. 154, *RFDA*, 2006, p. 463, concl. Y. Aguila, *AJDA*, 2006, p. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica. Ph. Terneyre, « À propos de la liberté contractuelle », *AJDA*, 2007, p. 1906.

630 - CE, Ass., 16 juillet 2007, *Soc. Tropic Travaux signalisation*, requête n° 291545, *CJEG* octobre 2007, n° 646 concl. D. Casas, *AJDA*, 2007, p. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher, *D* 2007. Jur. 2500, note D. Capitant. Sur la date d'effet de ce revirement jurisprudentiel, voir aussi TA de Marseille, 20 août 2007, *AJDA*, 2007, p. 2436, « *Les juges du fond confrontés à l'application de la jurisprudence Soc. Tropic Travaux signalisation* », note J.-M. Glatt.

631 - Sur la liberté d'entreprendre, apparue pour la première fois dans la décision du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation, voir la décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, rec. p. 14.



la DDHC de 1789⁶³². Si le respect de ces exigences est favorisé par les règles de publicité et de mise en concurrence, ces dernières n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle et peuvent être conciliées avec d'autres impératifs constitutionnels ou avec des objectifs d'intérêt général⁶³³.

Le principe d'égalité sous ses différentes formes a ainsi conduit le Conseil à imposer des exigences minimales de mise en concurrence pour toute commande publique. Sur ce point, exigences communautaires (cf. 10.1.1.3) et constitutionnelles convergent nettement.

10.2. Les limites de la contractualisation

Même si elle a valeur constitutionnelle, la liberté contractuelle n'est pas absolue. Le droit administratif a en effet toujours limité la place du contrat ou encadré son utilisation en fixant certaines bornes ou en imposant le respect de certains principes.

Le contrat est en effet, comme tout acte de l'administration, soumis au respect du principe d'égalité. Des domaines entiers, notamment régaliens, lui demeurent fermés. De même, sauf rare exception, le contrat ne peut pas être substitué à l'acte réglementaire pour définir les conditions d'application de la loi ni être invoqué comme écran à la mise en jeu de la responsabilité de l'État. Une autre contrainte, dont le poids va croissant, tient aux exigences des droits de la commande publique et de la concurrence.

10.2.1. Égalité devant la loi

L'éventuelle contradiction entre principe d'égalité⁶³⁴ et liberté contractuelle a été circonscrite par la jurisprudence et par la doctrine, que ce soit dans le domaine des marchés publics, de la gestion des ressources humaines, ou de l'expérimentation, si bien que **le principe d'égalité ne fait pas en lui-même obstacle au développement de la contractualisation.**

632 - Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, rec. p. 382, considérants 10 et 18, *RFDC*, 2003, p. 772, note E. Fatôme et L. Richer ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. Lichère.

633 - Le retard accumulé dans la construction d'équipements publics (justice, police et gendarmerie ; établissements pénitentiaires) ou l'urgence à rattraper un retard préjudiciable (hôpitaux ou établissements médico-sociaux...) justifient pour le Conseil constitutionnel les dérogations aux règles de la commande publique apportées par le législateur dans les trois lois soumises à sa censure (décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 ; décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 ; décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *AJDA*, 2003, p. 1404, note J.-E. Schoettl et note E. Fatôme). Mais dans le dernier cas, celui du contrat de partenariat, il a voulu éviter « la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique (...) susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique » en encadrant strictement les motifs d'intérêt général permettant de déroger au droit commun de la commande publique (cf. 1.2.2).

634 - Entendu au sens de l'arrêt de section du Conseil d'État en date du 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire* (Recueil Lebon, p. 151) qui implique que toutes les personnes se trouvant placées dans une situation identique à l'égard du service public doivent être régies par les mêmes règles, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 13^e édition, n° 70.



En matière de commande publique, le principe d'égalité impose en revanche à la collectivité de réserver un égal accès à tous les candidats aux contrats de partenariat⁶³⁵ comme aux marchés publics⁶³⁶ ou aux délégations de service public⁶³⁷ et il contribue à ce titre au jeu de la concurrence. Il revient au juge de contrôler la légalité des critères de sélection des candidats, qui doivent être objectifs et non-discriminatoires, la norme de référence étant dans la plupart des cas le principe d'égalité devant le service public (CE, 9 mars 1960, *Massida*, rec. p. 187)⁶³⁸. Ce principe est applicable même en l'absence de procédures de passation, s'agissant des conventions d'occupation domaniale⁶³⁹ ou des délégations de service public⁶⁴⁰.

En matière de gestion de personnel, où le contrat peut induire une rupture de l'égalité réelle entre agents titulaires et agents non-titulaires, il n'existe pas, selon le Conseil d'État, de principe d'égalité entre fonctionnaires et agents contractuels⁶⁴¹.

10.2.2. Les fonctions de souveraineté (police, justice...)

La contractualisation, qui est « dans l'air du temps »⁶⁴², tente de pénétrer les fonctions régaliennes de l'État et se développe aussi dans ce qu'à la suite de la CEDH on appelle la matière pénale. Il ne peut cependant en aller ainsi au-delà de certaines limites.

• **Les tâches inhérentes à l'exercice de ses missions de souveraineté par l'État ne peuvent pas être déléguées par contrat, par exemple celles qui**

635 - En vertu de l'article 3 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et de l'article L. 1414-3 du code général des collectivités territoriale.

636 - Conformément à l'article 1^{er} du code des marchés publics qui dispose que « *Les marchés publics et les accords-cadres respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.* »

637 - Un bel exemple d'application de ce principe est donné par un arrêt (CE, Sect., 10 mars 2006, *Commune d'Houlgate*, rec. p. 138, *AJDA*, 2006, p. 751, note J.-D. Dreyfus) qui oblige le ministre de l'intérieur et, à sa suite, une commune souhaitant conclure une DSP pour l'exploitation d'un casino à ne pas favoriser le candidat sortant en ne donnant au candidat entrant qu'une autorisation initiale portant sur les seuls jeux de tables, l'autorisation d'exploiter des machines à sous n'étant accordée qu'à l'issue d'une période probatoire d'un an.

638 - Cette décision a été rendue avant la publication du code des marchés publics en 1964. Voir aussi sur ce point L. Richer, « Droit des contrats administratifs », 3^e édition, Paris, *LGDJ*, 2002, p. 374. Sur cette base est par exemple censurée la subordination de l'attribution du marché au caractère local de l'entreprise (CE, 29 juillet 1994, *Commune de Vintnac-en-Minervois*, rec. tab. 767).

639 - CE, 21 juin 1996, *Commune de Villefranche-sur-Saône*, requête n° 128984.

640 - TA Paris, 2 novembre 1994, *Groupement des sociétés Eiffage, Spie Batignolles, Quillery, Spie Citra*, Recueil Lebon, p. 710.

641 - CE, 11 janvier 1980, *Delaunay*, rec. t. p. 585 ; Avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État, 30 janvier 1997, Rapport public 1998, p. 185 et *AJFP*, 1997, n° 3, p. 50.

642 - Ch. Jarrosson, « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? », P. Couvrat, « Contractualisation en matière pénale, en général », in *Réforme de la Justice. Réforme de l'État*, sous la direction de L. Cadiet et L. Richer, Paris, PU, 2003. C. Teitgen-Colli, « La contractualisation de la répression », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), « Contrat ou institution : un enjeu de société », *LGDJ*, coll. « Systèmes », 2004.



concernent la police des étrangers⁶⁴³, la surveillance des détenus⁶⁴⁴ ou les mesures de contrôle judiciaire⁶⁴⁵. Tel est le sens de plusieurs décisions récentes du Conseil constitutionnel.

Les décisions du Conseil d'État vont dans le même sens. Ainsi les autorités détentrices d'un pouvoir de police, général ou spécial, ne peuvent qu'édicter des règlements et prendre des décisions unilatérales⁶⁴⁶. Plus généralement, en raison du principe d'indisponibilité des compétences dévolues aux collectivités publiques, « *sont nulles ou en tout cas sans effet les conventions relatives à l'exercice d'un pouvoir de décision unilatérale* ⁶⁴⁷ ». Il en résulte l'interdiction de transférer à un tiers le pouvoir de décision⁶⁴⁸, celle de prendre un engagement sur une décision à venir⁶⁴⁹ ou de substituer le contrat à l'acte unilatéral⁶⁵⁰. Cette jurisprudence s'étend, au-delà des seuls pouvoirs de police, à de nombreuses autres manifestations du pouvoir régalién comme la délimitation du domaine public (20 juin 1975, *Leverrier*, Recueil Lebon, p. 382)⁶⁵¹.

Cependant, le contrat reste concevable entre autorités chargées de la police pour en organiser les opérations matérielles ainsi que le prévoit par exemple l'article L. 2212-6 du code général des collectivités territoriales : une convention doit être conclue entre le maire de la commune et le préfet dès lors qu'un service de police municipale comporte au moins cinq emplois d'agents de police.

Malgré l'interdiction faite à l'État de déléguer les tâches inhérentes à ses missions de souveraineté, la frontière entre ce qui est déléguable et ce qui ne l'est pas évolue à l'heure actuelle dans le sens d'une extension du domaine susceptible d'être délégué. Des tâches qu'il était inconcevable de déléguer il y a

643 - Décision n° 1992-307 DC du 25 février 1992, rec. p. 48, *RFDA*, 1992, 187, note B. Genevois.

644 - Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, considérant 8. Voir aussi la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 qui interdit la délégation des fonctions de la surveillance.

645 - *Ibid.* considérant 87 qui distingue les prestations techniques de surveillance électronique des fonctions de souveraineté.

646 - CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Recueil Lebon, p. 595, DP 1932, 3, p. 26, concl. Josse ; 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, Recueil Lebon, p. 675 ; 1^{er} avril 1994, *Ville de Menton*, Recueil Lebon, p. 176 ; 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, *Dr. Adm.* 1988, n° 44 ; 19 décembre 2007, *Société Sogeparc-CGST*, *AJDA*, 2008, p. 419, note M. Dreifuss. Voir aussi A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, « *Traité des contrats administratifs* », 2^e édition, 1983, n° 24 et suiv., p. 44 et suiv. ; L. Richer, « *Droit des contrats, Le contrat dans l'action administrative* », *LGDJ*, 1996, p. 97 et suiv., L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 2004, p. 48, J. Moreau, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, *AJDA*, 1965, p. 3.

647 - L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 2004, p. 48.

648 - CE, 30 septembre 1983, *Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain*, rec. p. 392 ; 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, rec. tp. 706, pour l'impossibilité de confier par contrat la surveillance des voies publiques à une société de gardiennage.

649 - CE, 23 janvier 1981, *Siméon*, *AJDA*, 1981.

650 - CE, Sect., 9 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, Recueil Lebon, p. 22, *AJDA*, 1979, p. 37 concl. R. Denoix de Saint Marc ; 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, *AJDA*, 1989, p. 407.

651 - Pour un recensement de ces domaines, voir l'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État du 7 octobre 1986 (*Les grands avis du Conseil d'État*, 1^{re} édition, 1997, n° 24, p. 245, 2^e édition, 2002, n° 32, p. 333). Le terme de contractualisation est inapproprié ici puisqu'il s'agit essentiellement d'une négociation (cf. 7.4.2.2) et non d'un contrat à proprement parler.



peu encore le sont aujourd'hui. En matière militaire, par exemple, le souci des armées professionnalisées d'aligner le maximum de combattants lors des conflits a conduit ces dernières à externaliser de nombreuses tâches logistiques (approvisionnement et transport des forces, entretien du matériel...). Les Anglais et les Américains sont allés très loin en ce sens, par exemple en confiant, avec les inconvénients que l'on sait, la surveillance des prisonniers de guerre irakiens à des entreprises privées. Au Royaume-Uni, il est possible de déléguer la surveillance des prisonniers dans les prisons, seule la supervision restant du ressort de l'autorité publique.

Au vu de ces évolutions, les lignes de partage dégagées dans le passé⁶⁵² seront sans doute plus souples demain, en particulier si l'État et les collectivités territoriales souhaitent développer le contrat de partenariat : par exemple, imposera-t-on toujours la surveillance des élèves prenant leur repas à la cantine par des agents du service public alors que la préparation des repas sera sous-traitée à une entreprise de restauration ? De même certaines juridictions administratives continueront-elles à censurer des décisions de communes ayant délégué la surveillance d'une piscine municipale. La délimitation entre ce qui est déléguable et qui ne l'est pas devra mieux prendre en considération les apports des technologies de l'information et de la communication ainsi que les savoir-faire privés en matière de prestation de service pour adopter une conception plus souple et plus réaliste de la délégation en ce qui concerne les opérations de contrôle, l'administration conservant naturellement le pouvoir de supervision et de décision, et plus généralement le monopole de la contrainte organisée.

- S'agissant du pouvoir de sanction, celui-ci incombe à l'autorité judiciaire, seule détentrice du droit de punir⁶⁵³ mais la contractualisation est une pratique ancienne en matière de procédure pénale⁶⁵⁴ et d'engagement des poursuites⁶⁵⁵. Les administrations fiscale, des douanes, des eaux et forêts, de l'environnement⁶⁵⁶, de l'aviation civile ou la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) en matière de répression des fraudes, dotées d'un pouvoir de poursuite des contraventions et délits, peuvent mettre fin aux poursuites en offrant, avant que celles-ci ne soient enga-

652 - Un avis du Conseil d'État du 7 octobre 1986 (cité dans la circulaire du 7 août relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux, mentionnée dans la note 27) interdit aux communes de confier la surveillance des élèves à la cantine à des tiers car elle relève du service de l'enseignement public, alors même qu'une commune peut déléguer à un tiers la préparation et la fourniture des repas (TC, 17 février 1997, *Assoc. du foyer des jeunes travailleurs / Soc. Les Repas Parisiens*, *La Gazette du Palais*, 1997, p. 2, p. 120. M. Long, « Le service public de la restauration scolaire », *Dr. Adm.*, 1998, chron. n° 21).

653 - La justice pénale est, pour la doctrine, une justice imposée : Fr. Tulkens et M. van de Kerchove, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

654 - Selon L. Cadiet, il faut distinguer le contrat comme technique de gestion de la procédure et le contrat comme mode de solution du litige : « Les jeux du contrat et du procès », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999.

655 - Article 6 du code de procédure pénale.

656 - A. Supiot, « Recherche sur l'application des textes relatifs à la pollution de l'eau d'origine industrielle », *La semaine juridique*, 1975, I, p. 2692, n° 12.



gées, une transaction au prévenu, qui doit être homologuée par le procureur⁶⁵⁷. Les lois n°2006-396 du 31 mars 2006, n°2005-882 du 2 août 2005, l'ordonnance n°2005-1086 du 1^{er} septembre 2005 et la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 ont étendu ce pouvoir de transaction⁶⁵⁸ à des autorités administratives, le maire dans le premier cas pour toute atteinte aux biens de la commune⁶⁵⁹ et la DGC-CRF dans le second en matière de consommation ou de contravention au code de commerce, qui ne disposaient pas sur ces points du pouvoir d'engager des poursuites.

L'introduction d'une procédure d'injonction pénale a, dans un premier temps, été censurée par le Conseil constitutionnel⁶⁶⁰ au motif que certaines des mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pouvaient porter atteinte à la liberté individuelle et requéraient donc la décision d'une autorité de jugement et non pas simplement celle d'une autorité chargée de l'action publique. Puis la décision n°2006-535 DC du 30 mars 2006⁶⁶¹ marque une inflexion en mentionnant qu'il était loisible au législateur de confier le pouvoir d'homologation de la transaction à un magistrat du parquet comme à un magistrat du siège dès lors qu'aucune mesure pouvant faire l'objet de la transaction n'était de nature à porter atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. L'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 7 juillet 2006, postérieur à la décision du Conseil constitutionnel, ajoute que l'homologation est du seul ressort d'un magistrat du siège si l'action publique a été mise en mouvement.

En juin 1999, le législateur a également introduit en droit pénal la mise en demeure comme procédure alternative aux poursuites (article 41-1 du code de procédure pénale) et surtout la composition pénale (article 41-2 du même code) qui permet au procureur, sous réserve de l'homologation par un magistrat du siège, de proposer à la personne qui reconnaît les faits une réparation sous forme d'obligation de faire⁶⁶².

657 - C. Ambroise-Casterot, « Le consentement en procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006. L'auteur y souligne l'analogie de ces différents mécanismes (transaction, composition, médiation pénales) avec le schéma d'une convention puisqu'il comporte une proposition puis une acceptation ou un refus. Mais il s'agit ici encore d'un contrat-adhésion (cf. 7.4.1.4.2).

658 - Le Conseil d'État a qualifié la transaction d'accord, celle-ci devant déterminer les réparations en nature ou en espèces assurées par l'intéressé, cet accord devant être donné librement et de manière non équivoque par l'auteur des faits (CE, Ass., *France Nature Environnement*, 7 juillet 2006, requête n° 283178).

659 - Sur sa conformité à la Constitution, voir la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, considérants 39 à 45, rec. p. 50.

660 - Décision n° 93-326 DC du 11 août 1993 ; décision n° 95-360 DC du 2 février 1995.

661 - Loi pour l'égalité des chances, considérant 42.

662 - Sur l'évolution récente du droit pénal à ce sujet, voir *La dépenalisation de la vie des affaires*, rapport au garde des Sceaux, groupe de travail présidé par J.-M. Coulon, janvier 2008, p. 71-76.



Enfin la loi du 9 mars 2004 a introduit en France le « plaider coupable »⁶⁶³ ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁶⁶⁴, inspiré du *plea bargaining*⁶⁶⁵. La procédure est applicable aux délits, hormis les délits de presse et les homicides involontaires, punis d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à 5 ans. Le procureur de la République peut proposer à l'auteur des faits une peine d'emprisonnement dont la durée ne peut être supérieure à un an, ni excéder la moitié de la peine encourue. Et le montant de l'amende proposée ne peut être supérieur à la moitié de l'amende encourue. Cette procédure est mise en œuvre à l'initiative du parquet lors du défèrement de l'auteur, par courrier comportant une date de convocation ou sur demande de l'intéressé ou de son avocat. En cas d'homologation par le juge, l'ordonnance mentionne que l'auteur de l'infraction reconnaît les faits et accepte la peine proposée et que cette dernière est justifiée tant au regard des circonstances de l'infraction que de la personnalité de son auteur⁶⁶⁶.

La novation essentielle de ce dernier texte réside dans la possibilité donnée à l'auteur des faits de négocier non plus l'abandon des poursuites mais la qualification juridique des faits et la sanction pénale encourue. Ceci constitue pour partie une rupture avec la conception française traditionnelle

La personnalisation de la sanction, conformément au principe de proportionnalité de la peine, ne doit pas être confondue avec sa contractualisation. Si, pour faciliter sa réinsertion dans la société, l'accord de l'auteur de l'infraction est généralement indispensable en matière d'aménagement des peines ou de choix d'une alternative à la détention⁶⁶⁷, la sanction demeure un acte unilatéral émanant d'un juge : il n'existe pas d'engagement contractuel au sens civiliste du terme et le consentement de l'intéressé porte davantage sur le principe de

663 - I. Papadopoulos, *Plaider coupable. La pratique américaine*, le texte français, Paris, PUF, 2004. Le plaider coupable introduit par la loi du 9 mars 2004 suppose l'homologation en séance publique par un juge et ne laisse en principe aucune place à la négociation quant à la qualification des faits ou à la fixation de la peine mais la peine proposée par le parquet est souvent moins sévère que celle qui aurait été prononcée par un juge. S'il n'y a pas en principe de négociation de la sanction pénale, la doctrine souligne que le caractère secret des procédures transactionnelles ne permet pas de contrôler l'existence de négociations préalables en ce sens : A. de Nauw, « Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise », *Gand*, 1994. Le rapport Coulon de janvier 2008 (note 662) indique pour sa part que « *Le caractère négocié de la peine, favorisant son acception, et permettant d'éviter l'aléa de l'audience est très apprécié* ».

664 - Articles 495-7 à 495-16 et 520-1 du code de procédure pénale.

665 - Le *plea bargaining* permet aux États-Unis de négocier les chefs d'inculpation (*charge bargaining*) ou la peine (*sentence bargaining*). R.E. Scott et W.J. Stuntz, « *Plea bargaining as contract* », in *Yale Law Review*, 1992, p. 1959.

666 - La décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à cette loi reprend l'énumération de toutes ces garanties (J.-E. Schoettl, *La Gazette du Palais*, n° 102, 11 avril 2004, p. 3-26).

667 - Cet accord est en particulier indispensable au regard de la convention de l'OIT interdisant le travail forcé pour toute peine accomplie sous forme de travail d'intérêt général. De manière plus générale, la renonciation au passage devant le juge pénal pose un problème de conformité au regard de la CEDH : sa jurisprudence en la matière (depuis l'arrêt *Deweer c/ Belgique* du 27 février 1980) est analysée dans Ph. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés. La CEDH à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant - Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001.



l'alternative à la prison que sur la peine elle-même⁶⁶⁸. Par ailleurs, la volonté du contrevenant, qui doit résulter d'un consentement libre et éclairé, n'est pas entièrement libre : s'il exprime un refus de la peine alternative, il est frappé d'une peine privative de liberté.

Au total, la place du contrat demeure très limitée dans les matières régaliennes. Et il n'est guère souhaitable qu'elle s'y étende.

10.2.3. *Quelles mesures contractuelles d'application de la loi ?*

Dans toutes les matières, le pouvoir d'application des lois appartient au Premier ministre, titulaire du pouvoir réglementaire⁶⁶⁹. Il est cependant loisible au législateur de renvoyer au contrat aussi bien qu'au décret pour définir les conditions d'application de la loi en droit du travail (cf. 8.1.1).

Mais ce renvoi au contrat est impossible pour mettre en œuvre ou aménager un principe constitutionnel comme le droit de grève ou la liberté syndicale⁶⁷⁰. À cet égard, le Conseil a estimé que la loi ne pouvait pas renvoyer à la négociation collective pour fixer les règles de cette dernière, la participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail ayant elle-même valeur constitutionnelle⁶⁷¹. Il peut en revanche renvoyer à la négociation et à l'accord collectif pour déterminer les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève⁶⁷². La loi du 21 août 2007 (cf. 1.3.1) a ainsi renvoyé à la négociation et à l'accord collectif toutes les modalités d'organisation de la continuité du service public en cas de grève dans les transports : l'organisation de la procédure de prévention des conflits, les règles d'organisation et de déroulement de la négociation, le recensement des catégories d'agents et des moyens nécessaires pour assurer la continuité du service...

Et lorsqu'il renvoie au contrat pour déterminer les conditions d'application de la loi, le législateur doit exercer sa compétence, c'est-à-dire encadrer cette délégation. Ainsi la détermination des compétences des collectivités territoriales, d'ordre public, relève de la loi et ne peut pas être modifiée par une convention⁶⁷³. En outre « *il appartient au législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution de déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ; que par suite, il ne saurait renvoyer à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'elles comme chef de file sans définir les pouvoirs*

668 - M. van de Kerchove, « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? », in *La contractualisation de la procédure normative*, Centre René Demogue de l'université de Lille 2, à paraître ; voir aussi M. Danti-Juan, « Le consentement et la sanction », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001 et D. Kaminski, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, sous la direction de F. Digneffe et Th. Moreau, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2006.

669 - Décision n° 78-95 DC du 27 juillet 1978 ; décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *RFDA*, 1990, p. 406, note B. Genevois.

670 - Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996.

671 - Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, rec. p. 91, considérant 7.

672 - Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, considérants 6 à 8.

673 - Décision n° 83-160 DC du 19 juillet 1983.



et les responsabilités afférents à cette fonction; que dès lors le législateur a méconnu la compétence qu'il détient des articles précités de la Constitution » (décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, rec. p. 183, *RFD adm.*, 1995, p. 876, note D. Rousseau et p. 946, note Y. Madiot, *LPA*, 20 octobre 1995, n° 126, p. 8, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux)⁶⁷⁴. Le Conseil constitutionnel censure donc l'incompétence négative du législateur qui ne saurait renvoyer à des accords contractuels les compétences que lui confère la Constitution sans encadrer cette délégation. Conformément à cette jurisprudence, le Conseil a eu l'occasion de censurer récemment une loi qui faisait mention d'un « pacte qui unit l'outre-mer à la République »⁶⁷⁵.

10.2.4. La responsabilité de l'État, garant de l'exécution des engagements internationaux

La mise en œuvre des engagements souscrits au plan international peut, selon de nombreux traités et notamment l'article 1^{er} de la Charte sociale révisée du Conseil de l'Europe, passer par plusieurs voies : la législation ou la réglementation, des conventions conclues entre employeurs ou organisations d'employeurs et de travailleurs, une combinaison de ces deux méthodes ou éventuellement par d'autres moyens. En application de la Charte, le Comité européen des droits sociaux rappelle fréquemment que l'organisation décentralisée de l'État ou l'autonomie reconnue aux partenaires sociaux en matière de législation sociale ne saurait exonérer l'État de ses responsabilités : ce dernier est garant du respect des engagements internationaux et ne peut pas s'abriter derrière la compétence exclusive des partenaires sociaux pour y échapper⁶⁷⁶. La Suède, où les partenaires sociaux disposent d'une large délégation législative en droit du travail, n'a donc pas été estimée en droit de se prévaloir de l'ampleur de cette délégation pour s'exonérer du respect des engagements découlant de la Charte.

Le droit communautaire partage la même approche : un État membre ne peut pas, selon une jurisprudence bien établie, se prévaloir de son organisation décentralisée pour tenter, par exemple, d'échapper à l'annulation d'un contrat passé en méconnaissance des dispositions communautaires applicables⁶⁷⁷.

10.2.5. Le respect des règles de la concurrence

Autre facteur de convergence entre droit national et droit communautaire⁶⁷⁸, le droit des contrats administratifs et le droit de la commande publique sont

674 - Sur le régime actuel de la fonction de chef de file, voir L. Gélén-Racinoux, « La fonction de chef de file dans la loi du 13 août 2004 », *AJDA*, 2007, p. 283.

675 - Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, rec. p. 164, *AJDA*, 2001, p. 102, note Schoettl, *RDP*, 2001, p. 247, note Luçhaire.

676 - La jurisprudence de la CJCE est identique : un État membre ne peut pas exciper de son organisation interne, fédérale ou autre, pour ne pas mettre en œuvre le droit communautaire ou pour le mettre en œuvre avec retard.

677 - CJCE, 18 juillet 2007, *Commission des CE c/ RFA*, *AJDA*, 2007, p. 966, concl. point 73, et note P. Delvolvé.

678 - G. Kalfèche, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA*, 2007, p. 2420.

désormais imprégnés par le droit de la concurrence. L'intervention de l'administration, notamment comme acheteur ou comme opérateur économique sur les marchés, ne doit pas avoir pour effet de perturber le bon fonctionnement de ceux-ci.

• Le droit des marchés publics, qui était resté longtemps étranger au droit de la concurrence, est désormais profondément marqué par ce dernier. L'évolution aura été très rapide puisqu'elle n'a pris qu'une dizaine d'années. Plus généralement, le droit de la commande publique, en tant qu'il constitue une branche particulière du droit des contrats (cf. 7.1.1.3), est désormais largement soumis au droit de la concurrence. Certains auteurs soutiennent même que les procédures de passation des contrats de la commande publique (cf. 7.4.1.4) sont devenues à titre principal des procédures de mise en concurrence et que le droit de la commande publique tend à se réduire à une branche du droit de la concurrence⁶⁷⁹. C'est ainsi que le Conseil de la concurrence, examinant les projets de réforme du code des marchés publics, a cru devoir relever que la publication *a priori* des critères de choix du bénéficiaire du contrat en vertu de l'article 53 II du code facilitait les comportements collusifs⁶⁸⁰.

Pourtant, même si le droit de la commande publique défini par le Conseil constitutionnel (cf. 10.1.2.2) fait appel à un objectif de transparence, il demeure impossible de réduire le droit de la commande publique à un simple volet du droit de la concurrence. Car ces deux droits n'ont ni le même point de départ ni le même objet et ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Le droit de la concurrence s'intéresse au comportement des opérateurs économiques sur un marché et à son bon fonctionnement. Le droit de la commande publique a, pour sa part, entre autres objets celui de garantir l'efficacité et la transparence de l'emploi des fonds publics par les collectivités publiques (cf. 7.2.2). Reste que le droit communautaire tend à mettre l'accent sur le libre accès des opérateurs économiques à la commande publique et le traitement non-discriminatoire des entreprises par les personnes publiques. Les règles essentiellement procédurales définies dans les directives de 2004 visent de fait à contraindre les personnes publiques à ne pas perturber le bon fonctionnement des marchés lorsqu'elles choisissent un opérateur pour lui passer une commande ou lui confier la gestion d'un service public.

Par ailleurs, en droit communautaire, les activités exercées par une personne publique au titre de ses prérogatives de puissance publique⁶⁸¹ et les activités

679 - L. Richer, « L'application du droit de la concurrence aux marchés publics », *CJEG*, 1989, p. 295. En Allemagne d'ailleurs, il n'existe pas de code des marchés publics et le régime de la commande publique figure dans la loi contre les restrictions de concurrence.

680 - Avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996 ; avis n° 97-A-11 du 5 mars 1997 ; avis n° 00-A-25 du 20 novembre 2000 ; avis n° 03-A-05 du 25 avril 2003. En sens inverse, dans l'affaire *Syndicat professionnel de la géomatique* (ci-dessous), le Conseil d'État a jugé que la publication par l'Institut géographique national de ses tarifs par voie électronique et leur connaissance par les autres candidats à l'attribution de marchés des collectivités territoriales ne conduiraient pas à méconnaître les principes de libre concurrence et d'égalité de traitement entre les candidats dans la mesure où la directive 2003/98CE concernant la réutilisation des informations du secteur public prévoit que ces informations doivent pouvoir être délivrées selon une tarification fixée à l'avance et publiée.

681 - CJCE, 19 janvier 1994, affaire C-364/92, rec. 1994, I, p. 43.



sociales financées par des mécanismes de solidarité⁶⁸² échappent à l'application des articles du traité de Rome relatifs au droit de la concurrence. En droit national, s'agissant des règles de compétence juridictionnelle, le Tribunal des conflits distingue pour sa part les activités de production, de distribution ou de services des personnes publiques, qui sont soumises au respect du droit de la concurrence sous le contrôle du Conseil de la concurrence et du juge judiciaire, des décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, qui relèvent de la compétence du juge administratif⁶⁸³. C'est dans l'exercice de cette compétence que le juge administratif a développé sa jurisprudence⁶⁸⁴ soumettant également ces dernières décisions au droit de la concurrence tant national que communautaire.

• Finalement, qu'elles agissent dans le champ concurrentiel, comme opérateurs économiques, ou hors de ce champ, comme autorités publiques, les personnes publiques sont amenées à recourir au contrat. Ce faisant, leur action ou leurs choix (nombre d'opérateurs admis à présenter une offre, définition des critères de sélection, détermination des lots, clauses relatives à la durée du contrat...) peuvent exercer un effet sur les différents marchés concernés et il convient alors de s'assurer que ces effets n'entraînent pas d'impacts négatifs sur leur bon fonctionnement (cf. 10.1.1.3). À ce titre toutes les personnes publiques⁶⁸⁵ sont assujetties, lorsqu'elles concluent des contrats, au respect des règles du droit de la concurrence, notamment communautaire⁶⁸⁶, sous le contrôle du juge national. Ainsi, l'attribution de droits exclusifs, même si elle est peu fréquente par contrat, doit-elle respecter les dispositions de l'article 86 du TCE⁶⁸⁷ et ne pas conduire à placer un opérateur en situation d'abus automatique de sa position dominante⁶⁸⁸. De même, les conventions conclues par ces personnes doivent respecter les dispositions des articles 87 et 88 du même traité relatifs aux

682 - CJCE, 17 décembre 1993, affaires jointes C-159/91 et C-160/91, *Poucet et Pistre*, rec. 1993, I, p. 637.

683 - TC, 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris*, Recueil Lebon, p. 469.

684 - CE, Sect., 3 novembre 1997, *Soc. Million et Marais*, Recueil Lebon, p. 406 ; CE, 8 novembre 2000, *Soc. Jean-Louis Bernard consultants*, Recueil Lebon, p. 492, *AJDA*, 2000, p. 1066, chron. M. Guyomar et P. Collin, *RFDA*, 2001, p. 112, concl. Bergeal, *CJEG*, 2001, p. 58 note M. Degoffe et J.-D. Dreyfus, Rapport public 2002 du Conseil d'État, p. 262 sur la concurrence entre personnes publiques et privées en matière de soumission à des marchés publics ou à des délégations de service public ; CE, Sect., 10 mars 2006, *Commune d'Houlgate*, rec. p. 138, *RFDA*, 2006, p. 633, note P. Terneyre, *AJDA*, 2006, p. 751, note J.-D. Dreyfus ; CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris*, rec. p. 272, *RFDA*, 2006, p. 1048 concl. D. Casas, *AJDA*, 2006, p. 1592, chron. C. Landais et F. Lenica sur les obligations pesant sur les personnes publiques lorsqu'elles prennent en charge une activité économique.

685 - A. Louvaris, « Les contrats des collectivités territoriales et le droit de la concurrence », *Contrats et marchés publics*, mai 2007, p. 34.

686 - F. Raynaud et P. Fombeur, « Les personnes publiques, lorsqu'elles décident de contracter, sont soumises aux obligations de concurrence issues du droit communautaire », *AJDA*, 1998, p. 553.

687 - CJCE, 24 octobre 2002, affaire C-82/01 P, *Aéroports de Paris*, rec. 2002, I, p. 9297, § 75 à 79.

688 - CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, rec. p. 491, *AJDA*, 1998, p. 362, concl. J.-D. Combrexelle, note B. Nouel ; CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, rec. p. 20, *AJDA*, 2007, p. 744, note S. Nicinski.



aides d'État lorsqu'elles allouent au cocontractant des contreparties, qui doivent pouvoir être comparées avec la rémunération normale d'une prestation qu'accepterait de payer un investisseur avisé en économie de marché⁶⁸⁹. Enfin, les acheteurs publics ne doivent pas eux-mêmes, à l'occasion notamment de la passation de marchés publics, encourager les pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire les ententes ou abus de position dominante, ou s'en rendre coupables ou complices. À plusieurs reprises déjà, le Conseil de la concurrence a sanctionné un opérateur public pour de telles pratiques⁶⁹⁰. Les collectivités publiques ont-elles pour autant l'obligation de prévenir de tels comportements de la part des opérateurs économiques, en écartant les candidats qui y recourraient pendant les procédures de passation du contrat ? Il n'existe pas encore de jurisprudence bien établie sur ce point.

Cette jurisprudence aboutit à soumettre aux règles de la concurrence pratiquement tous les actes des collectivités publiques, dont leurs contrats, en particulier les contrats d'occupation du domaine public⁶⁹¹ et les concessions d'aménagement⁶⁹².

La consécration de la liberté contractuelle par les droits communautaire, constitutionnel et administratif a pour effet de renforcer cette liberté, au profit notamment des collectivités territoriales, des partenaires sociaux et des fournisseurs de l'administration. Inversement, en soumettant les personnes publiques au respect du droit de la concurrence, ils leur imposent parallèlement de nouvelles contraintes.

11. Les expériences étrangères

Quelques pays étrangers, européens surtout, sont accoutumés à recourir plus largement que la France au contrat. Leur expérience dans quelques domaines essentiels, action administrative, fonction publique, fiscalité et relations professionnelles, éclaire utilement les évolutions survenues au cours des dernières années et permet d'orienter les propositions en vue d'un meilleur usage du contrat.

689 - CE, 27 février 2006, *Compagnie Ryanair*, rec. p. 95, *AJDA*, 2006, p. 519.

690 - Conseil de la concurrence, rapport 2003, p. 236, décision 03-D-46 du 30 septembre 2003 relative à des pratiques concernant un marché public de transport occasionnel d'élèves dans le département des Alpes-Maritimes.

691 - Conseil de la concurrence, 21 octobre 2004, avis n° 04-A-19 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits. CE, Sect., 26 mars 1999, *Soc. Hertz et Soc. EDA*, rec. p. 96 et 108, concl. J.-H. Stahl, p. 98, pour le domaine aéroportuaire. « *Notre propos est simplement de vous inviter à admettre, dès lors que l'intérêt du domaine n'est pas menacé, que les candidats à une occupation privative et commerciale du domaine public puissent invoquer les règles issues du droit de la concurrence (...) Il s'agirait de s'assurer que les conditions auxquelles une telle occupation du domaine public est subordonnée ne portent pas atteinte au libre jeu de la concurrence qui ne serait pas justifiée par les impératifs de la gestion du domaine* ».

692 - CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Sodegis*, requête n° 01BX00381, *AJDA*, 2005, p. 257, note J.-D. Dreyfus ; Contrats-marchés publics 2004, comm. 31, note J.-P. Pietri. Sur ce point, voir aussi le 13.3.1.



11.1. Le contrat dans l'action administrative britannique

La contractualisation est devenue, surtout depuis les années 1980 et les privatisations des ères Thatcher puis Major, un thème central pour l'organisation de l'État et la gestion des politiques publiques. Tony Blair a poursuivi ce mouvement, par exemple en multipliant les « chartes du service public » (Charte du citoyen, Charte du service des prisons...), associant objectifs et investissements supplémentaires. Les conventions conclues entre des agences et les ministères se sont aussi banalisées et la *Private Finance Initiative* a pris une grande ampleur à compter du début des années 1990.

Au Royaume-Uni, un contrat est une promesse que le droit rend exécutoire : se distinguant de la convention, la promesse, élément concret, constitue le fondement de la théorie anglaise du contrat⁶⁹³. Le contrat public n'a traditionnellement pas d'existence spécifique, étant assimilé à un lien commercial. Cette banalisation juridique du contrat public découle d'un système juridique qui, comme l'a montré précocement Dicey, traduit le lien opéré entre la conception du *rule of law* et la réticence à accepter l'existence d'un droit de la puissance publique⁶⁹⁴. La place du contentieux du contrat est également moins importante en Angleterre, où des directives du Trésor et des contrôles administratifs et politiques tels ceux exercés par la direction de l'Office national de l'audit public ou la Commission des finances de la Chambre des représentants se combinent et ne laissent qu'une place marginale au contrôle juridictionnel. Comme le précisent Patrick Birkinshaw et Emmanuel Breen⁶⁹⁵ : « *il y a quelque chose de spécifiquement britannique dans ce fait que les détails du "droit" et de la pratique des marchés publics soient contenus dans des directives administratives plutôt que dans des textes juridiques* ».

Un autre élément intéressant contribue à délimiter l'espace contractuel : une loi, le *Deregulation and contracting out Act* de 1994, définit les activités régaliennes insusceptibles de délégation et prévoit le recours, parfois obligatoire, à la comparaison des coûts économiques (« *public sector comparator* ») pour retenir, entre gestion en régie et délégation, le mode optimal de gestion de certaines activités publiques.

Plus fondamentalement, le Royaume-Uni a fait de son droit des contrats un élément d'attractivité du territoire, qui renforce indirectement le poids de la City comme première place financière en Europe. Comme le déclarait Lord Falconer of Thornton, le Lord Chancelier, en septembre 2005 lors du premier Forum de discussion sur le droit européen des contrats (cf. 10.1.1.2) : « *nous sommes les meilleurs, nous n'avons nul besoin d'un droit européen des contrats et nulle crainte à avoir car notre droit reste le plus apprécié dans les milieux d'affaires internationaux* », ajoutant que ce droit allie prévisibilité, sécurité et justice.

693 - J.-C. Montanier, *Le contrat en droit anglais*, Presses universitaires de Grenoble, 1999.

694 - J.-B. Auby, E. Breen, « Actualité du droit anglais des contrats publics », *RFDA*, 2006, p. 1013.

695 - P. Birkinshaw, « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », *RFDA*, 2006, p. 1017.



11.2. Le contrat dans la fonction publique en Europe

Au cours des dernières années, plusieurs pays européens ont profondément réformé leur régime de la fonction publique avec passage d'un régime statutaire à un régime conventionnel (Suisse), adoption d'un régime semblable à celui du droit privé (Italie en 1993 et 1997), ou d'un régime intermédiaire de droit public⁶⁹⁶.

En Suisse, lors de l'adoption en 2000 d'une nouvelle loi régissant la fonction publique fédérale, le statut de fonctionnaire titulaire a été aboli. Désormais, les personnels sont liés à l'administration par des contrats de travail individuels de droit public.

- En Italie, 85 % des agents de l'administration sont placés sous un régime de droit privé⁶⁹⁷ à la suite des réformes de l'administration italienne intervenues depuis les années 1990 dans le cadre d'un vaste programme de privatisation et de libéralisation de plusieurs secteurs. Selon une enquête de l'Institut français pour la recherche sur les administrations publiques, ce vaste programme de décentralisation et de privatisation de la fonction publique a permis de faire revenir la masse salariale des fonctionnaires de 12,8 % du PIB en 1990 à 10,5 % du PIB en 2001. Depuis 1998, tous les fonctionnaires (à l'exception des diplomates, magistrats, membres du corps préfectoral, militaires et forces de police) ont été « contractualisés » et basculés sous le même statut que les salariés du secteur privé⁶⁹⁸. Comme l'observe le professeur Enzo Balboni, ces réformes poursuivent le recul des fonctions régaliennes et débouchent sur une amplification du champ de l'administration contractuelle et du droit privé : « *Le décret n° 29 du 3 février 1993 (...) assimile presque entièrement au droit privé les rapports de travail au sein des administrations publiques. Même si les effets ne sont pas évidents pour tous, c'est une véritable révolution silencieuse qu'on vient d'opérer* »⁶⁹⁹.

- Les réformes de la fonction publique réalisées dans les pays scandinaves ont également réservé une place prépondérante aux rapports contractuels. Si la pratique de la contractualisation se trouve généralement associée à une politique de libéralisation, on observe une approche différente au Danemark : l'introduction de pratiques contractuelles dans la fonction publique s'insère dans une politique de modernisation de la gestion publique qui vise à maintenir le modèle de l'État providence et le statut de la fonction publique. Le contrat d'objectif et de performance y tient dès lors une place centrale dans les rapports entre administration centrale et agences : « *Des contrats de deux à trois ans sont conclus entre les ministères et les agences. Des contrats individuels annuels peuvent être également signés avec les directeurs des agences. Dans certaines agences,*

696 - Rapport annuel du Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique*, La Documentation française, 2003.

697 - Données mentionnées dans les considérations générales du Rapport public 2003.

698 - *Revue Société Civile*, n° 56, mars 2006 : <http://www.ifrap.org>

699 - E. Balboni, *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Le droit administratif en Italie : transformations récentes et rapports avec le droit communautaire*, Éditions L'Harmattan, 1995, Paris.



des contrats internes ont été introduits entre le niveau central et les services extérieurs et les directions régionales afin de préciser leurs relations. (...) Les premiers résultats concernant la contractualisation ont été positifs puisque les agences ont su atteindre les objectifs fixés par les contrats.»⁷⁰⁰

• Au Portugal, une réforme dite «des liens, carrières et rémunérations de l'Administration publique» suscite actuellement de grands débats dans les milieux politiques. Le contrat individuel de travail à durée déterminée y a été introduit en 1989 et le contrat à durée indéterminée par la loi n° 23/2004, ce dernier constituant un régime particulier de contractualisation propre à la fonction publique. Malgré l'introduction de ces contrats, selon les données publiées en 2006 par la base de données des ressources humaines de l'administration publique⁷⁰¹, 80 % des employés possédaient encore le statut de personnes «nommées», c'est-à-dire de fonctionnaire⁷⁰². Considérant que les solutions existantes dans le domaine de l'administration publique «ne correspondent plus aux besoins d'une bonne organisation et gestion des ressources publiques, aux nouvelles exigences de la société portugaise et aux défis auxquels le pays doit faire face dans un contexte de globalisation»⁷⁰³, un projet de loi pour la réforme des régimes des liens, carrières et rémunérations de l'administration publique a été publié en 2007. Cette réforme opère un «rapprochement avec le régime de travail de droit commun», en respectant les spécificités de l'administration publique concernant la satisfaction des intérêts publics, et consacre l'existence de deux modalités d'occupation des emplois publics : le contrat de travail à durée indéterminée ou déterminée et la nomination définitive ou transitoire (pour l'exercice temporaire de fonctions prévues par la loi). Selon ce projet, le régime de contrat de travail dans l'administration publique (RCTFP) est appelé à devenir la règle générale, la nomination étant réservée aux fonctions de souveraineté et d'autorité étatique. Le RCTFP s'inspire du code du travail tout en lui apportant des ajouts, modifications et dérogations. Le projet de loi a été approuvé par le Parlement et devait entrer en vigueur en janvier 2008. Le Président Cavaco Silva ayant souhaité en soumettre quelques articles à l'appréciation du Tribunal constitutionnel, ce dernier a jugé deux articles anticonstitutionnels. Le projet a été modifié par le Parlement et le texte devait entrer en vigueur en mars 2008.

11.3. Le «contrat» fiscal en Europe

Si le phénomène de la contractualisation n'est pas nouveau en matière administrative, «la nouveauté consiste à associer de plus en plus les destinataires

700 - *Revue Société Civile*, n° 7, janvier 2001.

701 - http://static.publico.clix.pt/docs/economia/BasededadosderecursohumanosdaAdministracaoPublica_Setembro_2006.pdf. L'emploi public correspondait à 13,4 % de la population active fin 2005.

702 - La « nomination » et le « contrat de travail » constituant les deux modalités possibles du lien avec la fonction publique au Portugal, cette « nomination » signifie en pratique la soumission à un régime statutaire.

703 - Exposé des motifs du projet de loi 316/2007 sur la réforme des liens, carrières et rémunérations de l'administration publique : http://www.min-financas.pt/inf_geral/ProjectoVinculosCarreirasRem_vfinal.pdf



des normes à leur élaboration, en empruntant aux mécanismes de formation du contrat »⁷⁰⁴. Cette constatation vaut aussi pour le domaine fiscal.

En matière fiscale, cette association soulève des difficultés particulières compte tenu des principes qui, dans la plupart des pays, la gouvernent : le principe de l'égalité devant l'impôt et le principe de légalité de l'impôt. Tous deux interdisent que l'application de la loi dépende de la volonté des parties ou du contrat. Malgré la force que revêtent ces principes et sans les contredire, quelques procédés de négociation se sont développés dans les différents systèmes fiscaux.

L'une des pratiques suscitant le plus de débat sur la place du contrat dans la fiscalité est le « *ruling* », qui consiste, à l'image du rescrit fiscal français, à demander à l'administration de prendre une position anticipée à l'égard de l'application de la législation fiscale dans une décision qui l'engage juridiquement. Bien que cette pratique soit plutôt qualifiée par la doctrine d'acte unilatéral négocié – c'est-à-dire, précédé d'une concertation – elle représente une nette évolution dans le souci de répondre aux aspirations actuelles à la contractualisation.

Le *ruling* a conquis une place non négligeable, notamment en Belgique et aux Pays-Bas. En Belgique, les contribuables sont autorisés depuis 1993 à demander à l'administration un accord écrit et contraignant en matière d'impôts directs. En 2005, le champ du *ruling* a été considérablement élargi. Une publication du Service public fédéral belge datée de 2003 et dédiée à l'analyse du *ruling* indique cependant que la décision anticipée ne constitue pas un contrat, mais « *un cadre convenu d'exécution d'un engagement unilatéral conditionnel* » et ajoute que « *le respect des opérations décrites vaut engagement de la part de l'administration de ne pas dénoncer la décision anticipée et garantit au demandeur le droit au régime fiscal précisé dans la décision* »⁷⁰⁵. Comme le laissent entendre les observations faites par le ministre de finances belge, Didier Reynders, le *ruling* préfigure une transition vers l'adoption de véritables pratiques contractuelles car il en comporte les avantages : « *Au-delà de la sécurité juridique qu'elle procure, cette nouvelle procédure doit également permettre d'instaurer un nouveau climat fiscal par une nouvelle approche des relations entre l'État et les citoyens, de manière à rendre les contrôles moins conflictuels et plus pragmatiques, moins tracassiers et plus équitables pour les contribuables.* »⁷⁰⁶

Malgré les efforts faits en France, la longueur du délai pour obtenir une prise de position formelle sur une situation contraste avec les performances de certaines administrations fiscales étrangères. Le fisc de Grande-Bretagne s'engage par exemple à donner en deux semaines un accord de principe sur un montage fiscal concernant un investissement important. Un rapport du Sénat, soulignait ainsi : « *le rescrit n'apparaît pas encore suffisamment moderne et efficace si on le compare aux procédures analogues de ruling des administrations néerlandaise et*

704 - M. Collet, *Droit fiscal*, Éditions Thémis 2007, Paris.

705 - « Le Ruling », publication du Service public fédéral des finances, 2003 : www.abe-bao.be

706 - *Ibid.*



suisse⁷⁰⁷. Alors qu'aux Pays-Bas, un *ruling* peut être accordé en l'espace de 2 à 4 semaines, une demande formulée en France peut nécessiter jusqu'à 6 mois pour une validation tacite ».

L'un des exemples les plus aboutis dans ce domaine est à mettre à l'actif des législations irlandaise⁷⁰⁸ ou australienne⁷⁰⁹, qui ont développé une démarche originale et innovante de négociation entre l'administration fiscale et les grandes entreprises, considérées comme véritables partenaires économiques. Dans le cadre de procédures de « *cooperative compliance* », sont instaurées des concertations bi- ou tripartite⁷¹⁰ portant notamment sur les facteurs potentiels d'insécurité juridique à l'issue desquelles sont établis des plans d'action visant à mettre le contribuable en conformité avec la législation, pour chaque impôt dû. Les contrôles fiscaux, exercés par l'administration fiscale, mais aussi de façon autonome par l'entreprise font partie intégrante du processus, l'idée étant à terme de parvenir à une autorégulation exercée par l'entreprise dans sa gestion fiscale. Par le biais d'une individualisation et d'un pragmatisme accru dans les rapports liant l'administration fiscale aux contribuables représentant un enjeu économique important, confiance légitime et sécurité juridique tendent progressivement à se superposer au principe de légalité qui fonde les relations entre administration fiscale et entreprises.

11.4. Le contrat en matière de relations professionnelles

Entre la loi – expression de la puissance étatique – et la convention collective – forme de régulation sociale émanant des partenaires sociaux – des rapports complexes se sont noués en Europe. Y prévaut une grande diversité en ce qui concerne la place respective reconnue à la loi et à la négociation collective dans les différents systèmes juridiques. Et le rôle assigné au contrat collectif dans chacun des pays est d'abord le fruit de son histoire sociale et juridique.

Ainsi, d'un pays à l'autre, les différences sont assez marquantes et entre les deux modèles extrêmes du Danemark, où les partenaires sociaux jouissent d'une liberté historique dans l'organisation du marché du travail, et celui de l'Espagne, où la loi limitait considérablement jusqu'il y a peu l'espace délégué à la convention collective, on trouve une gamme de situations intermédiaires.

- Au Danemark, la négociation collective joue un rôle central dans la définition des normes de travail, la loi n'ayant qu'un rôle résiduel. Depuis la fin du XIX^e siècle, les organisations syndicales ouvrières et patronales y signent

707 - *La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation*, Rapport d'information n° 347 (2006-2007) de Ch. Gaudin, fait au nom de la mission commune d'information centre de décision économique, déposé le 22 juin 2007.

708 - Cf. « The Cooperative Approach to tax Compliance – Revenue working with large business », disponible sur le site <http://www.revenue.ie/services>.

709 - « Cooperative compliance, working with large business in the new tax system », disponible sur le site <http://ctsi.anu.edu.au/publications/ATOpubs/cooperative%20compliance.pdf>.

710 - Entre l'administration fiscale, l'entreprise concernée, et éventuellement ses conseillers fiscaux.



des accords réglementant les relations de travail. L'autonomie des partenaires sociaux remonte à un accord historique de 1899 qui a établi une clause de paix sociale (*fredspligt*) et énoncé le principe selon lequel les questions concernant les conditions de travail et les rémunérations doivent être résolues par la voie de la négociation. « *L'État n'intervient qu'exceptionnellement. Quelques rares lois ont été votées dans le domaine du travail, principalement pour fixer les règles de résolution des conflits et pour définir des règles légales en matière d'hygiène et de sécurité au travail. De ce fait, il n'y a pas de loi qui encadre la négociation collective ou définisse la hiérarchie des normes : ce sont les accords nationaux interprofessionnels qui ont établi des dispositions en la matière.* »⁷¹¹

Par conséquent, les partenaires sociaux ont vocation à négocier des accords dans tous les domaines et assurent leur application hors intervention étatique. Ainsi, il n'y existe pas de loi sur le salaire minimum et, jusqu'en 2001, aucune loi ne traitait de la durée de travail. Paradoxalement, l'appartenance à l'Union européenne modifie l'équilibre entre loi et accord collectif, un certain nombre de lois sociales ayant dû être adoptées pour transposer les directives européennes sous la menace d'une action en manquement de la Commission devant la Cour de justice européenne. Le modèle danois de régulation du marché du travail fait ainsi depuis peu une place plus large à la loi.⁷¹²

• La Grande-Bretagne relève également d'une tradition historique qui privilégie la négociation collective. Pendant longtemps le gouvernement a encouragé le syndicalisme et la négociation collective, évitant autant que possible toute intervention dans les relations du travail : « *Traditionnellement, la loi occupe une place limitée dans le droit du travail, les relations collectives résultant essentiellement du rapport de force entre employeur et syndicats, et les relations individuelles étant régies par les accords collectifs et par le contrat de travail, élément essentiel.* »⁷¹³

À partir de 1979, le gouvernement britannique a cherché à réduire toute forme de réglementation du travail, issue soit de la négociation collective, soit de la loi, et a privilégié l'individualisation des relations de travail. En outre, à partir de 1980, la loi a été utilisée afin de « *restaurer le jeu de la libre concurrence sur le marché du travail* » et de limiter le rôle des syndicats : « *Ainsi, entre 1980 et 1993, la loi a défini l'objet des grèves, limité les possibilités de recours à des piquets de grève (...), instauré la responsabilité civile des syndicats (...). L'affaiblissement des syndicats a naturellement entraîné le recul de la négociation collective.* »⁷¹⁴

711 - D. Christine, *L'information sur les conventions collectives au Danemark*, n° 2003, p. 087, septembre 2003 : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr>

712 - Ce rapport de La Documentation française mentionne des « *évolutions récentes du droit conventionnel danois liées à la transposition des directives européennes* » et indique que cette transposition dans le droit danois « *a soulevé un certain nombre de difficultés et fait évoluer le modèle danois de régulation du marché du travail* ».

713 - Étude de la division des études de législation comparée du Service des affaires européennes du Sénat sur « *La négociation collective* » de mars 2001 : <http://www.senat.fr/lc>

714 - *Ibid.*



En 1998, rompant avec la tradition historique favorable à la négociation collective, une loi a néanmoins introduit le salaire horaire minimum. Et plusieurs lois ont dû, comme au Danemark, être édictées pour transposer des directives européennes. Malgré ces dernières évolutions, qui tendent à renforcer la place de la loi au détriment du contrat, le gouvernement semble vouloir redonner davantage de place aux syndicats et promouvoir de nouveau la négociation collective. En témoigne l'entrée en vigueur en 2001 d'une loi qui oblige l'employeur, dans les entreprises de plus de 20 salariés, à négocier sur les rémunérations, les horaires et les congés.

- L'Allemagne et les Pays-Bas illustrent la situation intermédiaire, où « *les partenaires sociaux disposent également d'un large pouvoir normatif* » mais où « *la loi encadre la négociation collective et détermine les dispositions minimales* »⁷¹⁵. Si les partenaires sociaux jouissent d'un pouvoir normatif découlant de leur autonomie, ce pouvoir reste limité et encadré par la loi et, depuis les années 1950, par la jurisprudence, qui le cantonne aux rémunérations et aux conditions de travail, considérées comme le « *noyau dur de la négociation collective* ». Les grandes réformes du marché du travail y sont plutôt l'œuvre de la loi ainsi qu'en témoignent les réformes dites Hartz I, II, III et IV même si elles associent notamment les partenaires sociaux à leur préparation. Selon une étude de l'Organisation internationale du travail⁷¹⁶, les principales sources du droit de travail allemand sont la législation fédérale, les conventions collectives, les conventions d'entreprise et la jurisprudence ; les normes minimales étant établies dans des lois isolées qui traitent de la plupart des champs couverts par le droit du travail (durée du travail, congés, protection des jeunes travailleurs, protection contre le licenciement, cogestion...) ⁷¹⁷.

- En Espagne, la Constitution prévoit dans son article 37 que « *la loi garantira le droit à la négociation collective du travail entre les représentants des travailleurs et des chefs d'entreprise, ainsi que le caractère contraignant des accords* »⁷¹⁸. La loi 11/1994 a étendu la liste des domaines confiés aux partenaires sociaux et pouvant faire l'objet de négociations collectives⁷¹⁹. En 1997, les confédérations syndicales et patronales ont signé trois accords réformant profondément le droit et le marché du travail espagnol, ce qui traduisait aussi une volonté politique de réintégrer les partenaires sociaux dans le processus d'élaboration du droit du travail.

En définitive, les règles du marché du travail sont, dans les pays européens, petit à petit modifiées par une nouvelle articulation entre la loi et la conven-

715 - *Ibid.*

716 - <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/info/national/ger.htm>

717 - La loi ne fixe pas de salaire minimum puisque les conditions de rémunération sont en principe fixées par les partenaires sociaux.

718 - <http://www.constitucion.es> : Artículo 37. 1. « *La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.* »

719 - L'exposé des motifs de cette loi souligne le dessein de conférer tout son potentiel à la négociation collective et d'enrichir son contenu : « *El segundo gran hilo conductor de la reforma es el relativo a la potenciación de la negociación colectiva y la mejora de sus contenidos* » (*Ley 11/1994, exposición de motivos*).



tion collective. Le droit d'origine conventionnelle s'y développe par référence à ses mérites tels que l'adaptabilité aux nouveaux enjeux économiques et aux besoins des acteurs. « *L'opposition du "tout-contractuel" au "tout-réglementaire" est cependant caricaturale; elle constitue un "faux dilemme". Plutôt que de concurrence entre la loi et le contrat, il convient de parler de complémentarité. Il existe en effet un partage de compétence entre le législateur et les partenaires sociaux, partage dont la frontière se déplace vers ces derniers* ». ⁷²⁰. Les gouvernements tendent à accroître l'autonomie conventionnelle des partenaires sociaux et le discours politique privilégie en ce moment la négociation collective.

12. Avantages et risques du recours au contrat

Une réflexion et des propositions sur la place du contrat en droit administratif ne peuvent pas faire l'économie de la réponse à cette question : dans quelles circonstances est-il plus judicieux pour l'administration, qui a le choix des moyens, de recourir au contrat plutôt qu'à l'acte administratif unilatéral tant de son point de vue que de celui de l'administré ? Au-delà de l'identification des fonctions du contrat (cf. 7.4.2.2), cette question en appelle aussitôt une autre : quels sont les avantages et les risques du recours au contrat pour les cocontractants et pour l'intérêt général ?

12.1. Des avantages nombreux et bien identifiés

Les avantages du contrat étant nombreux et davantage connus ou présents à l'esprit du public que ses risques, on les rappellera brièvement, sans que cette brièveté doive être interprétée comme dépréciative de ces avantages.

12.1.1. Une meilleure acceptabilité de la norme et la garantie de son application

La négociation du contrat permet de mettre en œuvre l'administration consultative et la politique participative qui constituent désormais des objectifs importants de l'action publique. Un consensus existe sur la **plus grande acceptabilité et la meilleure application de la norme négociée**. Ce consensus se réfère souvent, à titre d'illustration, à la norme sociale négociée.

Un ancien Premier ministre a illustré ainsi les avantages de la négociation sociale en amont de la loi : « *La bonne méthode consiste à ouvrir, avant toute annonce, des conversations parfaitement discrètes et bilatérales, syndicat par syndicat. Là, on peut espérer arriver à des conclusions communes. Après, on*

720 - Rapport sur « Les nouvelles tendances de la négociation collective » de l'École nationale d'administration : <http://www.ena.fr>



se rencontre tous ensemble pour constater que l'on est assez proches. Alors, on entérine l'accord et on valide cela par la loi »⁷²¹.

La négociation dans la fonction publique (cf. 1.3.1) en amont de l'acte administratif unilatéral, même si elle ne débouche pas sur un accord au sens juridique du terme (cf. 9.3.1), comporte aussi des avantages bien identifiés : elle améliore le dialogue social et la prise en compte réciproque des préoccupations des partenaires sociaux ; elle permet un traitement rapide des dossiers sensibles, elle fournit un instrument de pilotage interministériel de la fonction publique⁷²².

Il en va de même pour la négociation collective dans le secteur privé : de l'avis unanime de la doctrine et des partenaires sociaux, le recours au contrat permet de conférer davantage de légitimité à la norme sociale, et de faire mieux accepter puis mieux appliquer par les employeurs, notamment les PME, les règles définies par voie de négociation. La norme négociée permet aussi dans un grand nombre de cas de mieux définir pour une période donnée le point d'équilibre entre la protection des salariés et les besoins des entreprises.

12.1.2. La mobilisation de l'expertise et une plus grande efficacité

Autre point consensuel souvent relevé, le contrat permet en amont de définir des normes et en aval de conduire une action publique plus efficace.

- Un danger guette en effet en permanence l'État, qui dispose pourtant d'un réservoir de connaissances, d'études et d'expertise sans équivalent dans la société : s'imaginer qu'il possède à lui seul et par avance la réponse à toutes les demandes sociales qui lui sont adressées et à tous les problèmes. Or l'État est menacé de cécité dans un nombre élevé de domaines (l'entreprise et ses pratiques...) ou de sujets (l'exclusion, l'animation des territoires...), pour lesquels il a besoin d'une expertise externe en vue d'élaborer la norme ou d'appliquer des politiques publiques. Le contrat permet de la mobiliser au-delà de la sphère publique.

Ainsi en matière sociale, les partenaires sociaux sont-ils mieux à même de définir des catégories juridiques opérationnelles⁷²³. Ou en matière médico-sociale, de services à la personne ou d'éducation populaire et de culture, ce sont souvent les associations gestionnaires qui inventent de nouveaux modes opératoires ou de nouveaux services et qui apportent leur savoir-faire aux collectivités publiques, sous couvert du contrat.

Un raisonnement analogue vaut en matière de répression pénale et d'efficacité de la sanction économique. Les modes alternatifs de règlement de conflits nés d'infractions pénales évitent, grâce à leur rapidité et à l'acceptation de la sanction, le

721 - M. Rocard, « Interview », *La Croix*, 15 novembre 2007.

722 - M. Pochard, « La négociation interministérielle, une nouvelle voie pour le dialogue social ? », *Revue française de science administrative*, 1997, p. 653 et suiv.

723 - Ce sont par exemple les partenaires sociaux qui ont défini en 1969-1970 les catégories applicables au droit du licenciement économique et en 1982 les différentes aides au reclassement.



double écueil de l'engorgement des tribunaux et de l'impunité⁷²⁴. De même, les spécialistes du droit de la concurrence soulignent volontiers que les trois procédures de clémence, de non-contestation des griefs et d'engagement (cf. 3.1.4.3) améliorent l'efficacité de l'intervention de l'autorité de régulation lorsque la dissuasion n'a pas fonctionné sur un marché⁷²⁵ et que des sanctions économiques conçues avec les professionnels eux-mêmes ont de plus fortes chances d'être appliquées. Pour que les engagements souscrits soient efficaces, le Conseil de la concurrence a en effet besoin de la coopération des entreprises intéressées et des opérateurs du secteur appelés à fournir sur le site du Conseil leurs commentaires sur les tests de marché et mesures réparatrices envisagées⁷²⁶. Cette mise en cause des tiers permet également de bien calibrer la mesure et d'assurer le respect du principe de proportionnalité⁷²⁷, toutes choses qu'il ne parviendrait pas à faire aussi bien seul.

• Il en va de même pour l'action publique négociée. Malgré la complexité du système contractuel prévalant en matière d'aménagement du territoire, une valeur ajoutée est reconnue au contrat, notamment au CPER. Elle réside dans le dialogue et la négociation qu'il provoque, en amont de sa signature, entre élus et société civile ainsi qu'entre élus et partenaires financiers. L'élaboration du contrat donne lieu à une véritable négociation entre parties placées sur un pied d'égalité, et même à de véritables pressions réciproques, preuve d'une réelle négociation. L'État menace de ne réaliser aucun des grands équipements dont il a la responsabilité (autoroutes et routes nationales, lignes de train à grande vitesse, universités...) si les régions et les départements ne prennent pas part au financement⁷²⁸, tandis que les régions et les départements font valoir les mérites de réalisations que l'État n'avait aucunement l'intention de retenir⁷²⁹. Le contrat de plan joue de ce fait un rôle d'accélérateur dans la réalisation des grands investissements. Son élaboration oblige la région à formaliser sa vision globale à moyen terme, à afficher et négocier des priorités cohérentes et à déterminer les montants financiers qu'elle est prête à investir. La négociation permet aussi à l'État de vérifier que les grands projets d'infrastructure répondent à un intérêt économique et social territorial : lorsqu'une collectivité accepte de financer, c'est en principe la preuve que le projet répond à un réel besoin local. Cette valeur ajoutée du contrat continue à produire ses effets après sa signature : il garantit la

724 - P. Couvrat, « Composition et médiation pénales », in *Dictionnaire de la justice*, sous la direction de L. Cadiet, Paris, PUF, 2004, p. 188.

725 - Pour une raison identique d'efficacité et de rapidité de la sanction, l'Autorité des marchés financiers (AMF) souhaite être dotée d'un pouvoir de transaction en matière de sanctions financières.

726 - Voir par exemple, pour l'accès direct des Messageries Lyonnaises de presse (MLP) au logiciel « Presse 2000 » des Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP), le communiqué du 18 décembre décrivant ces engagements minutieux et le texte de la proposition d'engagements (http://www.conseil-concurrence.fr/doc/prop_enga_nmpp_nov07.pdf).

727 - Il en découle une obligation procédurale de mise en cause des tiers concernés par les engagements. Une décision remarquée du TPI a annulé une décision d'acceptation d'engagements aux effets disproportionnés pour une entreprise directement impactée et qui n'avait pas été consultée par la Commission (TPICE, 11 juillet 2007, *Alrosa Company Ltd c/ Commission*, affaire T-170/06).

728 - La pression exercée par l'État autour du plan Université 2000 est restée présente dans toutes les mémoires.

729 - Par exemple la ligne de TGV Est ou l'université de Saint-Quentin-en-Yvelines.



coordination et le cofinancement des actions qu'il prévoit⁷³⁰. Il permet de ce point de vue aux parties et aux financeurs d'optimiser de concert et dans la durée l'investissement public et de fournir de la visibilité aux acteurs économiques.

12.1.3. La promotion de la responsabilité et d'un meilleur partage des risques

Un autre avantage du contrat, qui découle de sa nature et qui représente aussi un idéal à atteindre, est de **favoriser la responsabilisation des cocontractants**. Projets de services et contrats de performance présentent ainsi plusieurs vertus : obliger l'État ou le responsable d'une administration à formuler ce qu'il souhaite et à exercer la fonction de pilotage ; négocier ces objectifs avec les subordonnés ; donner du contenu aux projets...

Il permet par la même occasion de clarifier la répartition des risques et d'introduire davantage de prévisibilité dans les relations sociales. C'est d'ailleurs en fonction de ce dernier critère qu'il est recommandé aux collectivités publiques de choisir, dans le large éventail des solutions possibles (régie directe, délégation de service public...), la « bonne » formule de gestion contractuelle (cf. 1.2.1 pour la DSP dont la définition implique que le délégataire assume substantiellement le risque financier de l'exploitation). La CJCE prend, on l'a souligné, en compte ce critère pour déterminer si elle se trouve en présence d'un marché public ou d'un contrat d'une autre nature (cf. 13.3.1) : elle vient de juger que la rémunération par des tiers ne suffit pas à transférer le risque économique au cocontractant⁷³¹ (CJCE, affaire C-220/05, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, rec. CJCE I.389 ; BJCP 2007, p. 184, concl. J. Kokott, *AJDA*, 2007, p. 167).

Dans le passé, le régime des marchés publics (cf. 7.2.2) a surtout contribué à délimiter avec précision les responsabilités du fournisseur et de l'acheteur et donc à répartir le poids des aléas de la commande publique. Aujourd'hui, cet objectif semble passé au second plan : l'ouverture à la concurrence et la bonne utilisation des deniers publics l'emportent.

La focalisation sur la répartition du risque reste en revanche centrale pour la conclusion du contrat de partenariat (cf. 7.2.1). Reposant sur une matrice des risques portant sur tous les volets de la mission confiée au partenaire, ce partage, discuté lors de l'évaluation préalable et du dialogue compétitif, permet de vérifier l'équilibre économique et financier du contrat en combinant l'allocation de risques à la charge du partenaire, de la personne publique et à la charge conjointe des deux parties, que ce soit en amont, au cours ou en aval de la réalisation du projet⁷³². De cet équilibre dépendent à la fois la stabilité juridique et l'optimisation des coûts du projet. Pour les partenaires privés, ce contrat permet

730 - Voir en ce sens l'étude *Ernst & Young*, commanditée par la DIACT (*AJDA*, 2007, p. 2285).

731 - La législation et la jurisprudence française admettent ce transfert s'agissant des délégations de service public, dès lors que le financement est assuré substantiellement par les résultats de l'exploitation (cf. 1.2.2).

732 - Voir sur ce point le 2.2.3 (« Le partage des risques ») de la circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales.



une optimisation des méthodes de construction, grâce à la participation de l'entreprise au projet dès sa phase de conception, en amont de celles d'exécution ou d'exploitation, et des coûts, grâce à la perception de revenus récurrents à l'occasion des prestations de maintenance. Pour les partenaires publics, il permet de recourir à des processus de construction, d'exploitation et de gestion innovants et de bénéficier, d'un point de vue financier, de l'optimisation des délais et des coûts sur toute la durée de vie de l'ouvrage, c'est-à-dire de raisonner en termes de coût de possession⁷³³.

Il est également fréquemment avancé que l'externalisation de certaines fonctions par le recours à la commande publique permet à l'État de se concentrer sur ses missions régaliennes, c'est-à-dire sur ses responsabilités essentielles. Cet argument figurait déjà parmi les objectifs de la loi d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) et de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) des 9 septembre et 29 août 2002. La première a réformé la loi du 22 juin 1987 qui permettait à l'État de déléguer la réalisation des prisons pour se concentrer sur les missions de sécurité et surveillance des détenus assurées par l'administration pénitentiaire. La seconde a permis de confier au secteur privé la réalisation et la maintenance d'infrastructures affectées à la police ou à la gendarmerie nationale ainsi que la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur. Ces deux textes ont d'ailleurs fourni l'occasion au Conseil constitutionnel de préciser les frontières entre ce qui peut être délégué par contrat et ce qui ne peut pas l'être dans les responsabilités de l'État (cf. 10.2.2).

En résumé, le contrat permet à la puissance publique, qui n'est pas en mesure de financer toutes les demandes sociales qui lui sont adressées, d'opérer des transferts de risque ou de responsabilité et de se recentrer sur ses missions essentielles.

12.1.4. Une plus grande stabilité ?

Le contrat consolide les droits individuels et leur confère une grande stabilité. Le droit administratif comporte en effet plusieurs variétés de contrats de longue durée comme les délégations de service public, les baux emphytéotiques administratifs ou les contrats de partenariat. Ils règlent pour de longues périodes les droits respectifs des contractants et fournissent à chacun de la visibilité.

Mais le contrat procure-t-il par lui-même une stabilité plus grande que l'acte unilatéral ? Si les opinions sur la stabilité plus grande du contrat semblent convergentes, elles ne reposent pas sur des données vérifiables et incontestables.

733 - Le coût de possession consiste à calculer le coût d'investissement, d'entretien et de démolition d'un équipement sur toute sa durée de vie. Pour la Bibliothèque nationale de France, les dépenses d'investissement n'ont représenté qu'un quart du coût global du projet, les trois quarts restants étant représentés par les dépenses d'exploitation. Un contrat de partenariat, qui n'existait pas à l'époque, aurait sans doute été une formule plus appropriée pour la réalisation de l'ouvrage et la maîtrise des coûts de fonctionnement.



Les avatars successifs des contrats de plan (cf. 4.1) et des contrats d'aménagement du territoire (cf. 4.2) de même que la variation incessante des types de contrats de travail dans le secteur privé (plus d'une trentaine⁷³⁴) comme dans les trois fonctions publiques (cf. 1.3.2) constituent autant d'exemples invitant plutôt à relativiser la stabilité du contrat en matière d'aménagement du territoire ou de droit du travail. L'exemple des conventions conclues avec les professions médicales conduit à une observation identique : au-delà de leurs péripéties contentieuses (cf. 12.2.2) et de leur durée d'application limitée (huit conventions en trente-cinq ans), elles révèlent que des contrats difficilement conclus entre des parties aux intérêts opposés sont par nature instables. Compromis fragiles et rarement mis en œuvre de manière satisfaisante, ils sont remis en cause à la première occasion par l'un des signataires. Dans le même ordre d'idées, la politique contractuelle de fixation du prix du médicament (cf. 2.2.4) demeure instable, car totalement subordonnée au contrôle conjoncturel des dépenses de santé.

Une thèse plus subtile et plus stimulante est alors avancée : c'est la norme *négociée* qui est assurée d'une plus grande stabilité et d'une plus grande acceptabilité que la norme unilatérale. Deux exemples, sont souvent cités à ce propos : celui des accords de 1971 sur la formation professionnelle permanente (cf. 8.2.1) ou de 1990 sur le travail atypique (cf. 8.2.2)⁷³⁵. Ce dernier n'a pas été remis en cause avant 2002. Mais il faut, en contrepoint, observer ce qui est advenu en matière de licenciement économique collectif après l'accord national interprofessionnel d'octobre 1986 et la loi du 30 décembre 1986, avec le vote de la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale puis, sa suspension du 3 janvier 2003 (cf. 8.1.2), pour reconnaître que la loi issue de l'accord négocié n'apporte pas une garantie absolue de stabilité.

Un autre exemple convaincant de stabilité de la norme négociée est donné par le droit fiscal communautaire. Alors que les règles relatives aux impôts directs

734 - Aux traditionnels CDI, CDD, CTT, contrats d'apprentissage ou contrats de chantier se sont ajoutés tous les contrats spécifiques ou aidés pour lesquels la créativité a été incessante : le contrat emploi formation en 1973, devenu le contrat en alternance, le contrat de qualification, le contrat d'orientation, le contrat d'adaptation, tous fusionnés en contrat de professionnalisation, le contrat emploi consolidé, le contrat emploi-solidarité, le contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE), le contrat initiative emploi (CIE), le contrat d'insertion revenu minimum d'activité (CI-RMA), le contrat d'avenir, le contrat de jeune en entreprise, le contrat d'insertion par l'activité économique, le contrat d'insertion dans la vie sociale (CIVIS)...et plus récemment le contrat de transition professionnelle (CTP), le contrat première embauche (CPE), le contrat nouvelles embauches (CNE). Se sont également développés des contrats qui, sans être des contrats de travail *stricto sensu* , se situent à mi-chemin entre le salariat et le bénévolat, tels le contrat de solidarité internationale (loi n° 2005-159 du 23-2-2005) ou le contrat de volontariat associatif (loi n° 2006-586 du 23 mai 2006). En dépit des simplifications intervenues en 2005 et des expérimentations en cours sur la création d'un contrat unique d'insertion dans les secteurs marchand et non marchand, la créativité reste forte : un contrat senior vient d'être institué et la récente négociation sur la modernisation du marché du travail vient de retenir la création d'un contrat de projet, limité à trois ans au lieu des cinq envisagés initialement par les employeurs. Le ministre de l'intérieur, estimant inadapté le contrat de travail de droit commun pour les laïcs assumant des missions pastorales, vient d'annoncer un contrat de volontariat associatif religieux (*La Croix* , 25 janvier 2008).

735 - La législation relative aux CDD et aux contrats de travail temporaires avait été modifiée quatre fois en dix ans, en 1979, en 1982, en 1985 et en 1986. L'accord de mars 1990 l'a stabilisée, les dernières modifications en la matière étant intervenues en 2002 (loi de modernisation sociale) sur deux points limités. Son origine contractuelle lui aurait ainsi conféré une meilleure stabilité dans le temps, dans un domaine du droit en constante évolution.

et à la taxe professionnelle ne cessent pas d'être modifiées par le législateur, les règles relatives à la TVA sont caractérisées par une stabilité nettement supérieure depuis l'intervention de la sixième directive du 17 mai 1977. Comme ces règles sont négociées à l'unanimité des États membres au niveau communautaire, elles changent peu.

En définitive, s'il existe en droit administratif des contrats de longue durée assurés d'une grande stabilité, il est difficile de fournir des exemples nombreux ou significatifs de normes négociées stables et surtout d'argumenter de manière convaincante et étayée sur la stabilité comparée de l'acte unilatéral et du contrat⁷³⁶. Une hypothèse parfois avancée (cf. 2.1.4) serait que le contrat est stable quand la loi est instable et réciproquement.

Devant une telle incertitude sur cette question, le Conseil d'État invite les chercheurs et les spécialistes de toutes disciplines (droit, sciences politiques, sciences administratives, sociologues, etc.) à alimenter le débat à partir de données objectives pour l'instant indisponibles.

12.1.5. Une meilleure adaptabilité dans la durée ?

L'acte unilatéral n'a généralement pas de durée prédéterminée : il reste sauf exceptions en vigueur tant qu'il n'est pas abrogé. On prêche par contraste au contrat des vertus supérieures d'adaptation, car sa durée est toujours limitée dans le temps. Il comporte d'ailleurs souvent des stipulations qui précisent ses conditions d'expiration, de renouvellement tacite ou exprès ou son remplacement. Il peut également être amendé à tout moment par avenant tout au long de sa durée de vie, sous réserve naturellement de l'accord des parties et de respecter les règles de plus en plus strictes (cf. 7.2.4) qui encadrent les avenants aux marchés publics et aux délégations de service public⁷³⁷. Bref, le contrat s'adapte par adjonctions ou touches légères et successives, tandis que l'acte unilatéral procéderait par modifications ou refontes globales.

Il en va de ces convictions comme de celles relatives à la stabilité, les deux préoccupations pouvant en outre se révéler contradictoires. La jurisprudence sur les avenants aux marchés publics et aux DSP conduit à distinguer entre les avenants prolongeant la durée du contrat, prolongation très encadrée en ce qui concerne les DSP par l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, et ceux qui bouleversent l'économie du contrat (CE, 22 juin 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme*, requête n° 173025, *BJCP*, 1998, p. 37). La doctrine souligne le flou de cette dernière notion et l'insécurité juridique qui en résulte (CAA de Paris, 17 avril 2007, *Soc. Kéolis*, requête n° 06PA02278, *AJDA*, 2007, p. 1524, note A. Tassone). L'avenant au contrat ne serait donc pas aussi souple qu'on le croit et la modification d'un contrat administratif en cours d'exécution pas toujours aisée.

736 - Les conditions d'élaboration de la loi semblent évoluer, elles aussi : plus compassionnelles, elles sont négociées, en fonction des événements qui font l'actualité, entre l'opinion publique et ses représentants par sondages interposés. Et il arrive que la négociation avec les partenaires sociaux s'ouvre après son vote. Le cas du CPE illustre cette dernière situation.

737 - Ch. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694.



Il suffit de consulter le *Journal officiel* pour s'apercevoir que les actes unilatéraux font également l'objet de modifications constantes, y compris de détail très rapidement après leur publication. Le Conseil d'État s'en est d'ailleurs inquiété dans les considérations générales de son rapport 2006, déplorant l'instabilité croissante de la règle de droit unilatérale et sa refonte incessante.

On reconnaît aussi un autre avantage comparatif et peu discutable au contrat : il peut demeurer incomplet et n'est pas obligé de tout prévoir à la différence de l'acte unilatéral. Le contrat permet en effet de renvoyer à une loi supplétive, à des avenants ou à des mécanismes de concertation ou de résolution des conflits pour préciser ce qui est resté obscur ou ce qui n'a pas été explicité initialement.

Même si les jurisprudences convergentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État traquent de plus en plus les situations d'incompétence négative, il est admis depuis longtemps que le pouvoir réglementaire n'épuise pas non plus sa compétence avec l'édiction du premier règlement (CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, rec. p. 913, GAJA, 16^e édition, n° 19, p. 119). Cet argument comparatif n'apparaît donc pas non plus décisif en faveur du contrat.

Finalement, comme sur le point précédent, il serait utile que la recherche vienne confirmer ou infirmer l'impression générale qui prévaut quant à la meilleure adaptabilité du contrat. Une autre recherche à conduire consisterait à se demander si la durée de chaque contrat est adaptée aux parties qui le signent et à son objet. Pour les DSP, la loi a directement réglé la question (cf. 7.2.4) en fixant des durées maximales et en liant la durée du contrat à la nature des investissements. La question reste ouverte pour les autres catégories de contrats.

12.1.6. L'individualisation et l'adéquation aux circonstances particulières

Un des mérites essentiels reconnus au contrat est de s'affranchir de l'uniformité découlant du principe d'égalité et de **permettre une adaptation de la norme juridique ou de l'action publique pour tenir compte des spécificités de chaque territoire, de chaque secteur économique, de chaque groupe social ou de chaque personne**. Il est pour cette raison largement utilisé comme outil de ciblage en matière de politique sociale, d'interventionnisme économique ou d'aménagement du territoire⁷³⁸.

738 - Dans sa décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, le Conseil constitutionnel a souligné ce point dans les termes suivants : « *qu'en prévoyant, dans le cadre de la législation qu'il a édictée relative à l'aménagement et au développement du territoire ainsi que de la législation relative à la politique de la ville, la passation de conventions locales et régionales destinées à tenir compte de la spécificité des situations territoriales, il (le législateur) a mis en place une procédure qui loin de méconnaître le principe d'égalité constitue un moyen d'en assurer la mise en œuvre ; qu'il pouvait confier au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge administratif, le soin de déterminer, dans le respect de ces législations, les zones et opérations concernées en fonction des appréciations concrètes que requiert une telle détermination* ». Dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 (considérant 19), il avait jugé que « *le fait pour le législateur de subordonner l'octroi d'une autorisation à la passation d'une convention répond au souci de permettre au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'adapter à chaque situation particulière les règles de portée générale définies par la loi du 30 septembre 1986* » et de tenir compte d'exigences de caractère évolutif.



L'exemple des engagements souscrits auprès du Conseil de la concurrence (cf. 3.1.4.3) démontre que ce dernier peut imposer les mesures techniques, financières et juridiques exactement adaptées à un secteur ou à un marché particulier.

Le même argument justifie le développement de la contractualisation en matière pénale : le consentement de l'auteur de l'infraction serait un meilleur gage de l'acceptation de la sanction, de son adéquation au cas particulier, de la réinsertion sociale de l'intéressé et de sa responsabilisation.

Le contrat d'aménagement du territoire, par la diversité infinie de ses formules, permet d'adapter les dispositifs publics généraux aux spécificités locales des différentes catégories de territoires ou de villes et d'apporter des réponses adéquates à la variété de leurs problèmes.

En matière de lutte contre l'exclusion sociale, le contrat permet de maintenir un dialogue régulier avec le bénéficiaire des prestations et de calibrer les projets de réinsertion en fonction des caractéristiques et du parcours singulier de chacun d'eux.

12.2. Les risques

Si les avantages du contrat sont nombreux et réels, ses risques, souvent moins bien identifiés, ne le sont pas moins ; ils méritent, pour cette raison, d'être soigneusement mesurés.

12.2.1. L'ambiguïté

La qualité de la norme juridique issue du contrat est controversée : négociée, elle est parfois imprécise et ambiguë sur les points les plus durs de la négociation, pour favoriser les signatures. Ce point est particulièrement souligné en ce qui concerne les conventions collectives : la norme négociée ne serait nullement synonyme de clarté et de simplicité ; elle est considérée par beaucoup comme plus complexe que la norme unilatérale, en particulier en raison de l'adjonction d'avenants successifs sans réécriture de l'ensemble de la convention. Si le juge s'efforce de dégager après-coup la volonté des parties, l'incertitude voire la confusion sur leurs intentions réelles n'est pas rare : il lui revient la tâche difficile de recoller les bonnes étiquettes sur les flacons et de donner sa portée réelle au « contrat »⁷³⁹.

Le contrat peut aussi, en matière de relations du travail, servir à occulter, tout en les validant, des rapports de force voire des manœuvres. En matière d'aménagement du territoire, il a couvert des transferts de charges et créé des dépenses obligatoires à la charge des collectivités territoriales *contra legem* (cf. 12.2.5). Il dissimule parfois, assez mal d'ailleurs, des actes de tutelle.

739 - L'exemple déjà cité du contrat d'insertion du RMI (cf. 2.3.1) illustre les ambiguïtés qui ont existé dès le stade législatif et leur amplification ultérieure.



Utilisé dans les politiques de lutte contre l'exclusion, il instituerait pour certains auteurs un contrôle social inavoué. Le contrat vise en effet à inciter des catégories sociales déterminées à adopter un comportement social jugé normal (la reprise d'un travail, la présence à l'école...) ou à adhérer à des institutions en crise (la famille, la citoyenneté...). Par exemple, le contrat de responsabilité parentale (cf. 2.3.4) viserait à contrecarrer la fragilisation de la cellule familiale et la démission des parents. Avertissement avant sanction, ce contrat participerait, selon les analyses d'une partie de la doctrine, de la multiplication des contrôles à l'égard des populations les plus fragiles.

Cet usage du contrat injonction ou sanction conduit plusieurs auteurs à dénoncer la multiplication des dispositifs de surveillance des populations marginalisées et l'imposition de normes spécifiques sous la fiction d'un contrat d'adhésion librement accepté, en fait imposé. L'asymétrie de la sanction dans ces « contrats » est d'ailleurs forte : elle pèse sur l'usager ou le cocontractant (le Rmiste, l'étranger, le chômeur, les mauvais parents...) et non sur la collectivité publique.

12.2.2. La fragilité

L'histoire récente de notre pays a été marquée par un nombre élevé de défauts de conception affectant des contrats trop rapidement imaginés tant par les partenaires sociaux que par le Gouvernement ou le législateur : le PARE en 2000-2001 (cf. 2.3.2) et le long contentieux des recalculés qui s'en est suivi entre 2004 et 2007⁷⁴⁰, le contrat nouvelle embauche (CNE) en août 2005 qui a été déclaré à un double titre contraire à la convention 158 de l'OIT le 15 novembre 2007 par l'organisation elle-même, le contrat première embauche (CPE) créé par la loi du 31 mars 2006, suspendu sur ce point le 10 avril 2006 et abrogé par la loi du 21 avril 2006...

Le seul coût pour l'Unedic de la réintégration des recalculés décidée par le Gouvernement a été de 2,3 milliards d'euros en 2004 et 2005. Ce chiffre illustre le prix qui peut résulter pour la collectivité de l'insécurité juridique de certains contrats⁷⁴¹.

Crédité de nombreux avantages et jouissant d'un degré élevé de confiance tant auprès législateur que des partenaires sociaux, le contrat n'apporte pas pour autant de solution miracle. Sa conformité aux engagements internationaux n'est pas toujours facile à appréhender et son application soulève souvent des problèmes qui sont rarement identifiés et anticipés. La création de nouveaux contrats devrait être bien moins fréquente, mieux réfléchie, et être précédée d'une sérieuse étude d'impact et de faisabilité.

740 - Cass. sociale, 31 janvier 2007, D. 2007, p. 1489, note P. Morvan ; « Les recalculés n'existent pas », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 17, 26 avril 2007, p. 1543.

741 - On songe notamment aux centaines de milliers de PME ayant tablé sur la solidité du CNE ou de salariés ayant été recrutés en vertu de ce contrat et encore en place fin 2007. Le projet de loi « portant modernisation du marché du travail » inclut un article requalifiant tous les CNE en cours en CDI de droit commun, disposition qui a soulevé des critiques de la part de dirigeants de PME quant à cette nouvelle rupture du contrat moral par l'État.



Trop souvent en effet les partenaires sociaux, le Gouvernement et le Parlement, du fait des ambiguïtés s'attachant à la définition et à la mise en œuvre d'un nouveau type de contrat, reportent leurs responsabilités sur le juge. C'est à lui qu'il revient en définitive de fixer le sens et la portée des textes et du contrat. Les clarifications nécessaires n'interviennent qu'à l'issue de véritables joutes judiciaires entamées à l'initiative d'organisations syndicales qui n'ont pas été entendues en amont et à qui le Gouvernement demande en parallèle de négocier de bonne foi sur d'autres dossiers. C'est ainsi que 800 litiges environ ont été portés devant les tribunaux contre le CNE avant qu'il ne soit déclaré non-conforme à la convention 158 de l'OIT par les juridictions judiciaires (dont le conseil des prud'hommes de Longjumeau le 29 avril 2006, la cour d'appel de Bordeaux le 18 juin 2007, la 18^e chambre de la cour d'appel de Paris le 6 juillet 2007 et la cour d'appel de Versailles le 18 décembre 2007) et par cette organisation⁷⁴².

La responsabilité de l'État du fait de l'adoption d'une loi, et donc de types de contrats contraires aux engagements internationaux de la France étant désormais susceptible d'être engagée sans que les conditions de gravité et de spécialité du préjudice ne soient exigées⁷⁴³, la répétition d'un scénario tel que celui du CNE pourrait entraîner des indemnisations considérables lorsque le nombre des contrats conclus est, comme en l'espèce, très élevé et s'avérer lourde de conséquences pour les finances publiques.

Des dispositifs plus anciens ont également manifesté des signes de fragilité. L'exemple des conventions avec les professions médicales et paramédicales illustre parfaitement la **fragilité des dispositifs conventionnels, spécialement lorsqu'ils sont articulés avec la loi**. Dressant en février 1996 à l'attention du Premier ministre un premier bilan de l'application de ces conventions depuis leur mise en place en 1971, la section du rapport et des études du Conseil d'État établissait, déjà à l'époque, une liste inquiétante : annulation de trois conventions médicales⁷⁴⁴, celles de 1971, de 1983 et de 1990, et validation préventive par le législateur de celle de 1993 (article 119 de la loi n°95-116 du 4 février 1995) dont l'annulation était hautement probable, annulation de quatre conventions conclues avec les chirurgiens-dentistes (cf. 7.2.4), annulation de la convention conclue avec les pharmaciens en 1982⁷⁴⁵, annulation de la convention des directeurs de

742 - Saisi du projet d'ordonnance puis d'un recours contre l'ordonnance du 2 août 2005, le Conseil d'État avait estimé pour sa part en 2005 que l'article 2, § 2, b) de la convention n° 158 de l'OIT ouvrait une faculté de dérogation aux États parties (CE, Sect., 19 octobre 2005, rec. p. 430, *RJEP/CJEG*, 2005, p. 495, concl. contraires C. Devys, *AJDA*, 2005, 2162, chron. C. Landais et F. Lenica, *JCP*, E, 2005, p. 1652, note P. Morvan. Le dernier mot de ce long contentieux appartiendra au juge judiciaire puisque le Tribunal des conflits lui en a renvoyé le jugement (TC, 19 mars 2007, *Préfet de l'Essonne c/ Cour d'appel de Paris*, *AJDA*, 2007, 1357, « La guerre du CNE n'est pas finie », note M. Verpeaux).

743 - CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, *RFDA*, 2007, p. 361, concl. Derepas, *AJDA*, 2007, p. 585, chron. F. Lenica et J. Boucher, *RFDA*, 2007, p. 525, note D. Pouyaud, *JCP* 2007, p. 2081 et 2083, notes C. Broyelle et G. Drago, *LPA*, 2007, n° 157, p. 11, note M. Canedo-Paris, *D* 2007, p. 1214, note G. Clamour.

744 - Ce n'est évidemment pas la convention elle-même qui est annulée mais l'arrêté qui l'approuve. Cette facilité de langage permet de présenter les choses plus simplement.

745 - CE, 31 octobre 1986, *Chambre syndicale des pharmaciens de la Loire*, rec. p. 250.



laboratoires privés d'analyses médicales conclue en 1992⁷⁴⁶, annulation de l'avenant à la convention des infirmiers de 1987 et des conventions de 1992 et de 1994⁷⁴⁷, annulation de la convention des masseurs-kinésithérapeutes de 1994⁷⁴⁸. L'histoire postérieure de ces conventions reste mouvementée : annulation de l'avenant n° 1 à la convention des médecins de 1990⁷⁴⁹, annulation de la convention des orthophonistes du 6 septembre 1994⁷⁵⁰ puis de l'avenant conclu en 1999⁷⁵¹, annulation partielle d'un article de la convention des chirurgiens-dentistes du 18 avril 1997⁷⁵², annulation des conventions médicales des médecins spécialistes puis généralistes du 12 mars 1997⁷⁵³, annulation par voie de conséquence de l'avenant n° 1 à la convention des médecins généralistes du 12 mars 1997⁷⁵⁴, annulation de cinq articles du règlement conventionnel minimal en date du 13 novembre 1998 applicable aux médecins en l'absence de convention médicale⁷⁵⁵, annulation partielle de la convention médicale des médecins généralistes du 26 novembre 1998⁷⁵⁶, annulation partielle de deux avenants à la convention nationale des médecins généralistes⁷⁵⁷ de 1998 signés en 2002, annulation partielle pour rétroactivité illégale de quelques stipulations des conventions des médecins généralistes et spécialistes du 12 janvier 2005⁷⁵⁸, annulation d'un article de l'un des avenants à la convention de 2005⁷⁵⁹.

Le contrat, lorsqu'il est mal négocié ou mal agencé, est donc fragile et peut déboucher sur des situations préoccupantes de vide juridique⁷⁶⁰. La fragilité du contrat est encore accrue lorsqu'il empiète sur le domaine réservé au législateur par l'article 34 de la Constitution. Une bonne partie des conventions médicales

746 - CE, 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes*, rec. tp. 1201.

747 - CE, Ass., 17 décembre 1993, *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privés*, rec. p. 370 ; CE, Ass., 17 décembre 1993, *Association de mobilisation des infirmiers*, requête n° 141697 ; 29 novembre 1995, *Syndicat profil infirmiers et autres*, requête n° 157649 et autres.

748 - CE, Ass., 29 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France et autre*, requête n° 159904 et autre.

749 - CE, 13 mai 1996, *Confédération des syndicats médicaux français*, requête n° 126695.

750 - CE, 13 mai 1996, *Fédération des orthophonistes de France*, rec. tp. 1174.

751 - CE, 6 avril 2001, *Fédération des orthophonistes de France*, rec. tp. 1197.

752 - CE, 8 juillet 1998, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, requête n° 189244, rec. tp. 1184.

753 - CE, 26 juin 1998, *Confédération des syndicats médicaux*, rec. p. 254 pour la première et CE, Ass., 3 juillet 1998, rec. p. 277.

754 - CE, 9 décembre 1998, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, requête n° 192148.

755 - CE, 28 juillet 1999, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, rec. tp. 1033.

756 - CE, S, 14 avril 1999, rec. p. 139 et CE, 10 novembre 1999, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autre*, requête 203779.

757 - CE, 29 juillet 2002, *Conseil national de l'ordre des médecins*, rec. tp. 909 pour l'avenant n° 8 du 29 janvier 2002 ; CE, 28 mai 2003, *Conseil national de l'ordre des médecins*, rec. p. 245 pour l'avenant du 14 juin 2002.

758 - CE, 30 novembre 2005, *Syndicat des médecins d'Aix et région et autres*, rec. p. 531.

759 - CE, 20 décembre 2006, *Sopena c/ Ministère de la santé*, requête n° 282123.

760 - Sur les conséquences de la requalification des contrats en termes de comptabilité publique et de gestion de fonds publics ou privés, voir D. Moreau, « Le régime des recettes dans les contrats publics », *AJDA*, 2007, p. 1513.



ont en effet été annulées, car elles comportaient des stipulations qui touchaient aux principes fondamentaux de la sécurité sociale. Cet exemple montre bien les limites de l'exercice consistant à articuler loi et convention : en cas de renvoi au contrat pour éviter au législateur d'intervenir, on constate après coup qu'il aurait dû le faire en amont pour autoriser ces empiètements après avoir encadré la négociation ou qu'il devra intervenir dans de moins bonnes conditions en aval pour valider une convention annulée. On n'aura pas épargné de travail au législateur mais l'insécurité juridique créée dans l'intervalle atteint des proportions d'autant plus importantes qu'en cas d'indivisibilité des stipulations, la convention comportant des articles entachés d'illégalité sera annulée dans sa totalité (cf. 9.2.2).

12.2.3. La rigidité ?

Si le contrat procure indéniablement souplesse et flexibilité aux collectivités publiques, il a également souvent pour objet et finalité de renforcer les droits du cocontractant face à l'administration, même si cette dernière dispose de prérogatives spécifiques pour en contrôler l'exécution ou le modifier unilatéralement.

Le droit de la fonction publique en fournit un bel exemple. Dans une fonction publique régie par le contrat, il faut en effet obtenir l'accord de l'agent pour le changer d'emploi ou le muter, ou tout simplement mettre fin prématurément à ses fonctions, alors que, dans une fonction publique statutaire, toutes ces mesures peuvent être décidées unilatéralement par l'employeur, assurant théoriquement une souplesse de gestion et une mobilité très supérieures si le statut est pleinement appliqué. Dans la fonction publique française, la plupart des rigidités observées et fréquemment dénoncées découlent non pas tant du statut lui-même que de pratiques coutumières (comme la promotion à l'ancienneté et non pas au mérite), quasi contractuelles, négociées au fil du temps entre partenaires sociaux, qui ont fini par affecter son application. Le contrat peut donc être porteur de rigidités qu'il ne faut pas dissimuler⁷⁶¹.

12.2.4. L'inégalité et l'opacité

Outil d'élaboration de normes particulières et de sélectivité dans la mise en œuvre de l'action publique, ce qui lui confère un avantage précieux, le contrat comporte de ce fait **un risque d'asymétrie dans les droits et obligations**, qui est normalement écarté en cas de recours aux actes unilatéraux, encadrés strictement par le principe d'égalité.

Il existe certes des garde-fous en matière contractuelle, comme l'illustrent les contrats d'aménagement du territoire (cf. 4). Leur développement spectaculaire aurait pu s'accompagner d'une profonde inégalité de traitement entre territoires

761 - L'exemple récent du recrutement de milliers d'agents contractuels par l'ANPE illustre bien les rigidités du contrat et les risques du mélange des genres. Ces agents bénéficient en fait, avant l'intervention de la loi de juillet 2005, d'un vrai déroulement de carrière, avec une progression indiciaire. Bref, l'agence a plaqué tous les mécanismes de la fonction publique de carrière sur des emplois de contractuels, conjuguant l'immobilité à tous les avantages de la carrière. L'intérêt de ce modèle pour l'employeur est problématique.



(riches/pauvres ; majorité/opposition) à travers la recherche par l'État d'un effet de levier financier. Par ailleurs, l'Europe, en encadrant l'octroi des fonds structurels, a prévenu bien des dérives : les régions riches n'ont pas bénéficié de financements au titre de l'objectif II du FEDER, avant la suppression du zonage des fonds structurels. Le grief d'inégalité dans la mise en œuvre de ces dispositifs n'a jamais été mentionné par la doctrine.

Il reste que si la marge d'appréciation de l'administration en ce qui concerne le contenu du contrat (cf. 7.2. 3) est trop étendue, il en découle la possibilité d'une rupture d'égalité devant la loi ou les charges publiques, notamment en matière fiscale. D'où les réticences, justifiées, à ouvrir la voie à une fiscalité contractuelle qui ne serait pas la même pour tous. Une crainte identique explique l'encadrement rigoureux de l'expérimentation dans notre pays (cf. 1.5.2). Car comment pourrait-on justifier, au regard du principe d'égalité, que des citoyens ne bénéficient pas des mêmes prestations sociales, singulièrement des mêmes minima sociaux à quelques kilomètres de distance ?

La faveur renouvelée du seul contrat individuel entre employeur et salariés, en ramenant au second plan le contrat collectif ou la loi⁷⁶², repose un problème ancien et bien connu en droit du travail : l'employeur et le salarié, réputés libres et autonomes, sont-ils les mieux placés pour déterminer ensemble, par contrat individuel, ce qui correspond le mieux à leur intérêt respectif ? Le contrat individuel direct entre employeur et salariés pouvant être déséquilibré, l'existence de ce déséquilibre justifie l'interposition du contrat collectif ou de la loi dans cette relation. Derrière le discrédit parfois jeté sur le contrat collectif et la valorisation sans réserve du contrat individuel, se dissimule en réalité pour les organisations syndicales de salariés et une bonne partie de la doctrine le choix de laisser jouer, comme au XIX^e siècle, le rapport de forces entre parties inégales.

Dans la fonction publique, où il n'existe pas de principe de parité entre contractuels et titulaires (cf. 10.2.1), la coexistence entre ces deux catégories pose de redoutables problèmes d'égalité de traitement. Un exemple récent vient d'en être donné au contentieux. Après que le Conseil d'État a reconnu aux agents contractuels du service d'études techniques des routes et autoroutes le droit à bénéficier d'un traitement intégrant l'indemnité de résidence⁷⁶³, le Gouvernement a inclus dans la loi de finances rectificative pour 2005 (article 127) une disposition interprétative visant à priver rétroactivement de cet avantage les 1 200 autres bénéficiaires potentiels de cette mesure. Cette loi interprétative était motivée par le fait que l'application de cette décision aboutissait à rémunérer mieux encore que les titulaires des contractuels qui avaient refusé leur titularisation. 1 126 des contractuels concernés ont saisi la juridiction administrative, dont 467 avant la publication de la loi. Le Conseil d'État a jugé⁷⁶⁴ que ni le coût budgétaire de

762 - La mode de l'« *opting out* », venue d'Angleterre (cf. 11.4) et qui trouve un certain écho auprès des instances communautaires en matière de temps de travail par exemple, conforte l'idée que le salarié est libre de décider contre la loi et que l'accord collectif ne doit pas l'empêcher de trancher en faveur de ce qu'il croit être son intérêt personnel. Le débat sur le rapport entre loi et convention collective est ainsi en train de se déplacer, en faisant l'impasse sur la convention collective, sur le terrain du rapport entre loi et contrat individuel de travail.

763 - CE, 24 juin 2005, *Ministre de l'Équipement c/ M^{me} Soulier*, rec. p. 938.

764 - CE, 25 avril 2007, *M. Cougnat*, requête n° 296661, *RFDA*, 2007, concl. R. Keller.



la mesure ni le motif d'équité entre titulaires et non-titulaires ne constituaient des motifs d'intérêt général suffisants au regard de l'article 6 de la CEDH pour priver rétroactivement des agents d'une partie de leur rémunération. En d'autres termes, en essayant de gérer au mieux la difficile coexistence entre contractuels et titulaires, le Gouvernement se crée parfois des problèmes supplémentaires ; il lui faut ensuite faire intervenir la loi pour corriger les erreurs contenues dans le contrat initial ; et contribue à l'encombrement de la juridiction administrative.

On reproche aussi de temps à autre au contrat l'opacité de ses conditions de négociation et parfois d'attribution (le filtrage des candidats et le secret des négociations) puis d'exécution. Celle des délégations de service public en particulier, en raison de la relative liberté de choix du cocontractant, expose au risque de critères de choix étrangers à l'intérêt général et, selon les élus territoriaux et les associations d'usagers, la transparence devrait encore progresser dans l'exécution de ces contrats⁷⁶⁵.

12.2.5. Des transferts de charges ou de responsabilités

Le recours au contrat est critiqué en ce qu'il permettrait à l'État et aux collectivités territoriales de s'affranchir de la répartition des compétences voulue par la loi entre collectivités publiques et de mettre à la charge des collectivités territoriales, partie réputée la plus faible, des dépenses qui ne leur incombent pas normalement. Les conventions « Université 2000 » et « Université 3 M » ont ainsi permis à l'État de faire supporter 50 % environ du financement des universités par les régions et les départements⁷⁶⁶. Le contrat aurait ainsi servi à « habiller » une dérogation aux règles de compétence prévues par la loi.

Le contrat autorise aussi le report de charges budgétaires sur le futur. C'est ainsi que le METP a permis à des collectivités publiques de payer plus tard ce qu'un marché de travaux publics leur aurait imposé de payer instantanément⁷⁶⁷. Le Conseil d'État a donc dû sanctionner au contentieux un usage du contrat qui méconnaissait l'article 350 de l'ancien code des marchés publics. La leçon semble avoir été retenue lors de la création du contrat de partenariat (cf. 1.2.3). Mais en permettant le paiement différé, ce contrat peut être utilisé comme moyen d'externalisation du besoin de financement des administrations publiques et de déplafonnement des budgets d'investissement, notamment par les collectivités territoriales. Le risque est réel d'ainsi reporter le financement

765 - Par exemple, la comparaison du prix de l'eau et les écarts constatés entre collectivités territoriales demeurent pour beaucoup (élus, associations de consommateurs, usagers...) un mystère difficile à percer. Une amélioration des conditions dans lesquelles il est rendu compte de l'exécution des DSP par les délégataires, notamment en ce qui concerne la répartition des gains de productivité et l'évolution des tarifs, demeure une des conditions de leur meilleure acceptation par les élus et par l'opinion publique.

766 - O. Gohin, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, p. 95. Dans le cadre de ce qui a été baptisé abusivement un « partenariat » par une circulaire du ministre de l'intérieur en date du 13 janvier 1993, les collectivités territoriales ont été consultées sur le lieu d'implantation des établissements et ont assumé la maîtrise d'ouvrage de leur construction ou extension.

767 - Ph. Terneyre, « Une nouvelle technique de financement privé des ouvrages collectifs : le METP », *Mélanges J.-M. Auby*, 1992, p. 316.



des investissements sur les générations futures⁷⁶⁸. Pour circonscrire ce risque, la procédure de passation contraint le partenaire public à évaluer le coût annuel moyen du contrat et à rapporter ce coût aux recettes de fonctionnement de la collectivité. De même, la circulaire du 29 novembre 2005 prise en application de l'ordonnance du 17 juin 2004 invite les collectivités concernées à retracer dans une annexe budgétaire l'ensemble des engagements liés à l'exécution du contrat, ce qui en assure la transparence financière.

S'il permet de clarifier les responsabilités (cf. 12.1.2), le contrat peut aussi se prêter à leur transfert. Plusieurs politiques récentes⁷⁶⁹, sociales notamment (cf. 2.3), confient ainsi à l'État le rôle de responsabiliser l'utilisateur et soulèvent de ce fait la question de la responsabilité respective du citoyen et de la collectivité.

Le thème de la nécessaire « activation » des dépenses sociales⁷⁷⁰ illustre la puissance de ce courant de pensée venu d'outre-Manche⁷⁷¹. Toute politique sociale devrait désormais chercher à responsabiliser l'ayant droit⁷⁷² et assortir de contreparties le versement, conçu comme provisoire, des prestations sociales dans l'attente d'un retour aussi rapide que possible du bénéficiaire au statut de producteur responsable de lui-même, ce à quoi devrait contribuer un accompagnement social personnalisé se développant sur une période très courte. La figure du contrat, un contrat direct entre le citoyen et l'État, se superpose ainsi à une responsabilité collective, le versement de l'allocation, manifestation par

768 - Comme un emprunteur privé s'endette à un taux supérieur à celui qui est offert à un emprunteur public, le contrat de partenariat coûte plus cher à la collectivité si le partenaire privé ne compense pas ce surcoût par des éléments de productivité dans la conduite du projet ou dans sa gestion.

769 - Autre exemple relevé par les praticiens, les conventions de délégation conclues avec les départements et les EPCI (cf. 2.3.5), combinées avec les « conventions globales de patrimoine » conclues entre les offices d'HLM et l'État, permettraient à ce dernier de maintenir une politique de logement centralisée, tout en transférant l'essentiel du financement sur les départements, les communes et leurs EPCI, et les offices d'HLM eux-mêmes.

770 - N. Gilbert, *Transformation of the Welfare State. The silent surrender of public responsibility*, Oxford University Press, New York, 2002. A. Giddens, T. Blair, *La troisième voie. Le renouveau de la social-démocratie*, Seuil, Paris, 2002.

771 - Dans une société évoluée, chacun serait responsable de son sort et ne pourrait plus compter sur la seule solidarité collective pour se tirer d'affaire. Le vrai citoyen, comme à l'époque de la Révolution, se définit comme un citoyen *actif*, qui prend sa destinée en mains, effectue des démarches *positives*, manifeste sa volonté d'insertion sociale par l'accomplissement d'un travail et qui se trouve débiteur de devoirs autant que titulaire de droits. Plusieurs articles de doctrine mettent ces points en évidence : par exemple J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99 et suiv.

772 - « (...) il s'agit désormais de placer les acteurs au centre de la stratégie. Il faut créer des incitations appropriées. Il ne suffit pas de corriger des injustices ou des défaillances, il faut créer des conditions de départ dans la vie favorables pour tous et aider chacun à saisir ensuite les opportunités, à faire le meilleur usage de ses capacités. L'État providence doit définir une nouvelle stratégie au centre de laquelle il faut mettre l'individu, l'agent économique lui-même, responsable de son parcours, stimuler toutes les opportunités que recèle l'économie de la connaissance. Les fonctions traditionnelles de l'État providence (stabilisation-redistribution-production) doivent être reconsidérées sous trois angles : la cohésion de la société, l'émancipation des individus, la préparation de l'avenir », J. Mistral, « Une nouvelle stratégie pour l'État providence », in R. Fau-roux et B. Spitz, *État d'urgence*, op. cit.



excellence de la solidarité collective, devenant temporaire, personnalisé et lié à un comportement personnel attendu. Le risque existe que le contrat individuel finisse par occulter le contrat collectif lui-même.

Le mouvement de contractualisation de la sanction pénale tendrait de même à faire peser directement sur l'auteur de l'infraction la responsabilité de l'infliction de la peine ou de la mesure arrêtée (cf. 12.1.2). Il s'agirait « *de punir un individu pour le responsabiliser, en s'assurant de son consentement et de sa participation à la peine* »⁷⁷³. Cette recherche de l'adhésion des individus à la règle de droit et à la sanction qui leur est infligée aboutirait à ce que les accusés se jugent et se condamnent eux-mêmes⁷⁷⁴.

L'employeur, en matière de chômage, et l'État, en matière de lutte contre l'exclusion ou contre la délinquance, peuvent être tentés par ce biais de renvoyer la responsabilité de leur situation aux chômeurs, aux exclus ou aux prévenus. Avec le risque d'alimenter la culpabilisation des intéressés et, à plus long terme, de préparer un transfert du risque et une réduction des financements collectifs qui leur sont consacrés.

Le contrat pourrait dans certains cas, en définitive, permettre de choisir sur une base individuelle les bénéficiaires de la solidarité, au risque de renoncer à l'universalité des droits. Autrement dit, le recours au contrat ouvrirait la voie à une individualisation des droits sociaux et à la généralisation d'une logique de contreparties, là où la solidarité collective l'excluait.

12.2.6. *L'illisibilité des organisations ou des normes*

Il a été reproché aux contrats de plan État-région non seulement de favoriser une dilution des responsabilités, mais encore de rendre peu lisible la répartition des compétences entre les différents acteurs pour la réalisation des grands équipements publics comme les universités.

L'empilement et l'emboîtement complexes des engagements contractuels en matière d'aménagement du territoire et d'administration locale (cf. 4) ne sont pas non plus demeurés à l'abri des critiques. La prolifération contractuelle et institutionnelle brouille la lisibilité de la carte administrative. Elle disperse l'action administrative et lui fait perdre sa cohérence globale, chaque ministère ayant tendance à déployer ses propres politiques sous forme contractuelle avec des périmètres d'intervention variables et une logique de guichet ne permettant pas forcément d'optimiser l'utilisation des finances publiques. Pour contenir ces tentations, l'approche globalisante du contrat de plan État-région ou du contrat d'agglomération a été clairement identifiée comme un facteur de cohérence par rapport à la multiplication des dispositifs sectoriels. Certains auteurs

773 - Y. Cartuyvels, « Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ? », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, sous la direction de H. Dumont, Fr. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 420. Voir aussi D. Kaminski, « Troubles de la pénalité et ordre managérial », *Recherches sociologiques*, tome XXXIII, n° 1, 2002, p. 89.

774 - D. Jousse, *Traité de la justice criminelle en France*, tome I, Debure 1771, p. VIII. Voir aussi en ce sens « Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social. Une entrevue avec Michel Foucault », *Criminologie*, vol. XXVI, n° 1, p. 18.



ont d'ailleurs souligné le caractère central ou « matriciel »⁷⁷⁵ du contrat de plan État-région dans une « contractualisation rayonnante » : les conventions territoriales des actuels contrats de projet mais aussi beaucoup de contrats locaux (au nombre desquels figurent les contrats conclus avec les parcs naturels régionaux en vertu de la loi du 25 juin 1999) tirent leur cohérence de leur articulation avec ce contrat-pivot. La consécration de chefs de file contribue aussi à ordonner les rapports contractuels. Sans ce type de dispositifs, la constellation contractuelle risquerait de demeurer à jamais indéchiffrable.

Quoi qu'il en soit, les rares commentateurs ayant tenté de décrire les rapports contractuels entre collectivités publiques en matière d'action publique évoquaient dès 1993 le « désordre indescriptible »⁷⁷⁶ qui y règne. Il n'est pas certain qu'il y ait été remédié.

En droit du travail, le législateur intervient souvent lorsqu'il s'agit de créer de nouveaux contrats de travail ou d'aménager les règles du jeu de la négociation collective mais, comme le souligne Jacques Barthélémy dans son audition devant la Commission de Virville⁷⁷⁷, il alimente ce faisant le décalage persistant entre les exposés des motifs, affichant un objectif de simplification du droit du travail et de contractualisation de ce droit, et la réalité de ce dernier, faite de complexité et de « technocratisation », qui peut disqualifier à la longue l'intervention du législateur et affaiblit inutilement notre pays dans la compétition internationale pour attirer l'investissement étranger : vu de l'étranger, la France est souvent considérée comme ayant une législation du travail trop instable, aggravée par une imprévisibilité de la jurisprudence d'autant plus forte que les lois changent et qu'elle ne peut se stabiliser. La trop grande confiance dans la vertu du changement répété des règles applicables au contrat liée à l'intervention très fréquente du législateur conduit à cumuler les inconvénients s'attachant à la survalorisation des règles contractuelles et à l'excès de confiance dans la loi.

Les accords collectifs, par leur multiplication, ne sont pas non plus synonymes de lisibilité et de clarté. Plus de 600 accords de branche mettent en œuvre la formation permanente. Cet émiettement de la norme ne contribue pas à la fluidité du dispositif et à la mobilité des salariés.

En résumé, la contractualisation ne garantit ni la lisibilité de la répartition des compétences ni mieux que l'acte unilatéral l'accessibilité à la règle de droit. Elle possède d'autres vertus mais n'apporte pas cette garantie.

775 - P. Janin, « Sur certains aspects récents de la contractualisation de l'action publique », Communication présentée le 25 octobre 2002 lors des 6^{es} rencontres juridiques organisées par la faculté de droit de l'université Lumière Lyon 2 et le conseil général du Rhône sur « Actualité du droit des contrats publics ».

776 - M. Hecquard-Théron, *AJDA*, 1993, p. 460 ; voir aussi N. Poulet-Gibot Leclerc, « La contractualisation des relations entre personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 551 et O. Gohin, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, p. 95.

777 - Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, *Pour un code du travail plus efficace*, 15 janvier 2004.



12.2.7. Un coût élevé d'accès au droit ?

Compte tenu des risques inhérents à la contractualisation, il faut aussi mentionner la question du coût global de l'accès au droit pour les citoyens. C'est ainsi que dans les pays anglo-saxons tout chef d'entreprise doit être en permanence entouré de conseillers juridiques pour la négociation et la rédaction de chaque contrat.

La société du contrat, parce qu'elle entretient la complexité et rend moins directement accessible la règle de droit⁷⁷⁸, complique la défense de leurs droits par les citoyens. Elle induit des coûts non négligeables et expose les plus faibles au fardeau de la judiciarisation de tous les aspects de la vie. Elle oblige à une intermédiation juridique dont le coût pour la société et le citoyen est ressenti comme élevé⁷⁷⁹.

Par conséquent, on trouve aux États-Unis deux fois plus de juristes par habitant qu'en France et le coût de la justice y représente 2,6 % du PNB contre moins de 1 % en France, le nombre de procès intentés par adulte y étant dans un rapport de 1 à 10 contre 1 à 300⁷⁸⁰ ? Même si la France a jusqu'à présent joui d'une situation plus enviable, les coûts directs et indirects de l'accès au droit et à la justice semblent aussi y dériver depuis une vingtaine d'années. Mais peu d'études comparatives permettent, là encore, d'imputer la part qui revient au contrat et d'objectiver les coûts et les bénéfices de l'accès au droit et à la justice pour chaque catégorie de citoyens.

12.2.8. Un effacement de l'État ?

La négociation entre les partenaires sociaux comporte un risque pour l'État, car elle peut alimenter un discrédit de la loi et, au-delà, de toute intervention publique. Dans un certain contexte, les acteurs sociaux peuvent souhaiter délégitimer l'intervention publique elle-même. La « refondation sociale » engagée en 2000 a, de ce point de vue, altéré le jeu de la négociation et a eu un temps pour effet de disqualifier l'intervention de la loi. Le Gouvernement est alors assimilé à un acteur parmi d'autres dans ce jeu où il demeure malgré tout comptable vis-à-vis de l'opinion nationale et de l'étranger de la qualité, de la stabilité et de la considération accordée à la norme sociale.

Indépendamment du cas particulier de la négociation sociale, la prépondérance accordée au contrat peut déboucher sur un affaiblissement de l'État. En développant l'usage du contrat dans des champs sans cesse nouveaux, les collectivités

778 - L'absence de loi supplétive oblige en particulier à tout prévoir et à tout réécrire dans chaque contrat.

779 - J.-M. Belorgey, « Le coût de la justice pour les entreprises : éléments de méthodologie et d'analyse », *Les Annonces de la Seine*, n° 55, 16 août 2007. Un poste de coût croissant dans les entreprises concerne le droit du travail, qui combine instabilité législative, contractuelle et juridictionnelle. En conséquence, les entreprises dépensent des sommes de plus en plus importantes pour former leur personnel à ce droit, externaliser le traitement de leurs dossiers et rémunérer leurs conseils (« Complexité du droit social : les DRH n'en peuvent plus », *Les Échos*, 29 janvier 2008).

780 - Devant le juge administratif, le taux de recours contentieux dépasse légèrement 3 pour 1 000 pour l'ensemble de la population.



publiques se posent d'abord en gestionnaires et en arbitres des conflits d'intérêt traversant la société. Au lieu de la surplomber, leur principale raison d'être et préoccupation se ramèneraient désormais à la recherche et à la mise en œuvre, par la concertation/négociation, des arrangements et compromis entre catégories sociales ou intérêts opposés. La prévalence du contrat sur la loi marquerait pour certains, notamment Alain Supiot, une forme de retour à l'exercice féodal du pouvoir, qui entretient et orchestre autour de lui les rapports d'allégeance et de dépendance⁷⁸¹. Comme l'entrevoyait déjà Léon Duguit en 1912: « *On ne trouve plus trace du mot imperium dans les textes de l'époque, mais un mot bien caractéristique, la concordia, qui doit unir tous les hommes, les puissants et les faibles par une série de devoirs réciproques* »⁷⁸². La survalorisation du contrat renverrait à un changement dans la posture, la nature et le mode d'exercice du pouvoir politique et étatique. Dans une société qui n'est plus soumise au risque de la guerre extérieure, le rôle principal de l'État ne serait-il plus que de réguler les conflits d'intérêts entre groupes sociaux à l'aide d'indicateurs de performance? Un État arbitre des conflits internes, et d'abord soucieux de *concordia*, risque de laisser s'affadir son *imperium* et le sens de l'intérêt général qu'il lui appartient toujours de promouvoir⁷⁸³.

13. Pour un bon usage du contrat

Conscientes des avantages et des risques liés à son usage, les autorités qui élaborent la norme juridique ou mettent en œuvre les politiques publiques peuvent déterminer, dans chaque cas, si le contrat présente un véritable avantage comparatif par rapport à l'acte administratif unilatéral et l'utiliser à bon escient.

Au-delà de cet examen au cas par cas, le Conseil d'État est favorable à une extension de la sphère contractuelle, pourvu que certaines conditions et limites soient respectées et que le mode d'emploi du contrat soit davantage précisé dans ses domaines de prédilection.

Le Conseil d'État recommande d'abord d'ouvrir un débat public sur la place du contrat en droit administratif et dans l'action administrative, y compris la gestion de la fonction publique. Car les évolutions ont été dans ce domaine davantage subies que provoquées au cours des dernières décennies.

781 - C'est d'ailleurs une crainte exprimée par les associations, qui redoutent leur instrumentalisation, face aux collectivités publiques et à leur politique de « conventionnement ».

782 - A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p. 19. Cet auteur a braqué à nouveau le projecteur, dans de nombreux ouvrages et articles (notamment « La fonction anthropologique du droit », *Esprit*, février 2001, p. 151 et *Homo juridicus*, *Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005), sur les rapports d'allégeance, de soumission et de dépendance que pourrait entraîner une contractualisation généralisée. Voir aussi L. Duguit, « Les transformations du droit public », 1912, reprint *La mémoire du droit*, p. 4.

783 - L'échec unanimement souligné en doctrine de la maîtrise conventionnelle de la dépense médicale de ville (cf. 7.1.2.2) illustre la tension permanente entre *concordia* et *imperium* et le primat donné de fait à la recherche de la *concordia*.



Un tel débat devrait permettre de répondre à la question suivante : la prolifération contractuelle et parfois l'absence de sanction juridique aux engagements souscrits constituent-elles un avantage ou un inconvénient pour l'action publique et l'édictation de la norme publique ? Faut-il en conséquence laisser les choses en l'état ou renforcer la prise en charge de tous ces « contrats » par le droit et par le juge ou d'une autre manière ?

Ce débat est d'autant plus indispensable que la question est loin de faire l'unanimité dans notre pays, y compris au sein de l'administration elle-même, et que la réponse à lui apporter suppose de lever préalablement une ambiguïté fondamentale : de quels « contrats » parle-t-on ?⁷⁸⁴

On trouve en effet dans l'administration une grande variété d'attitudes. Les budgétaires se satisfont de la situation actuelle, qui permet d'émettre beaucoup de « fausse monnaie », et redoutent une extension de la sphère du « vrai contrat », qui entraverait l'action publique à bon marché. Les défenseurs du service public à la française continuent à donner une valeur absolue à l'acte unilatéral et ne voient dans le contrat qu'un instrument subalterne et dangereux au regard des principes du droit public. Ceux qui sont davantage sensibles au modèle anglo-saxon placent toute leur confiance dans le contrat et rêvent d'un ordre juridique où celui-ci deviendrait dominant. Entre ces extrêmes, les pragmatiques pressentent que les causes sous-jacentes à la montée en puissance du contrat sont profondes et durables et qu'il faut donc composer avec elles, en acceptant de laisser davantage de place au contrat là où cela se justifie, tout en contrôlant le rythme et le contenu de cette évolution. Si les fondements du droit administratif⁷⁸⁵ conduisent en effet à conférer le primat à la loi sur le contrat, ils ne font, aux yeux du Conseil d'État, nullement obstacle à un plus grand usage du contrat comme source de normes et comme mode d'action publique.

C'est l'état d'esprit dans lequel il formule les propositions suivantes pour un usage raisonné et raisonnable du contrat.

13.1. Conforter la représentativité des acteurs sociaux et veiller à l'éthique des négociations

La promotion du contrat comme principal ciment du lien social et, le cas échéant, comme principale source de la norme publique pose d'abord la question de la représentation des différents groupes sociaux car, pour négocier, il faut avoir de véritables représentants, légitimes pour parler au nom de leurs mandants et aptes

784 - Par exemple, si l'on parle du contrat authentique, celui qui engage et qui est juridiquement sanctionné, la concurrence avec la loi posera inévitablement problème au Parlement, qui ne peut pas accepter d'être dessaisi de son pouvoir de voter les lois, et même à l'opinion publique, qui n'acceptera pas facilement, au pays de l'égalité des droits, que leur application se négocie. Si l'on parle en revanche des « faux » contrats, c'est-à-dire d'engagements solennisés dans un acte dénommé contrat, la question se pose différemment et ne soulève pas autant de difficultés.

785 - Ces fondements sont énoncés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Le principe de la souveraineté réside essentiellement dans la nation » (article 3) ; « La loi est l'expression de la volonté générale » (article 6) ; « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » (article 15).



à s'engager et à faire respecter les engagements pris (cf. 7.2.4). Elle suppose donc en amont une organisation de la représentation des acteurs sociaux en vue de négocier et une capacité à conclure des accords. La crise, déjà mentionnée, de l'autorité et de la représentativité dans notre pays ne favorise naturellement pas le passage d'une société régie par la loi à une société régie par le contrat : sur beaucoup de sujets, il n'y a pas d'interlocuteurs et, lorsqu'il y en a, leur représentativité et leur légitimité sont contestées et leur capacité à s'engager limitée. En sens inverse, trop souvent des représentants légitimes, comme les associations qui agissent en faveur des exclus⁷⁸⁶, ne sont pas invités à participer aux négociations où se détermine tout ou partie du sort des catégories auxquelles ils s'intéressent.

13.1.1. Conforter la représentativité des acteurs sociaux

Des travaux, nombreux et de qualité, se sont déjà penchés sur la question de la représentativité des acteurs sociaux, notamment des partenaires sociaux.

13.1.1.1. Dans les relations professionnelles

- La représentativité des partenaires sociaux ayant fait l'objet de négociations ayant débouché sur la position commune du 9 avril 2008, le Conseil d'État n'a pas souhaité interférer avec elles et se limitera aux deux observations suivantes.

Cette question se pose pour les organisations patronales⁷⁸⁷ autant que pour les organisations de salariés, comme l'a montré le rapport Hadas-Label.

La représentativité ne s'apprécie pas de la même manière au niveau de l'entreprise – où les élections qui s'y déroulent fournissent des indications précieuses – de la branche ou de l'interprofession, chacun de ces niveaux jouant un rôle particulier et les problèmes de mesure de la représentativité se posant différemment à chacun d'eux.

- S'agissant de la capacité à s'engager, le Conseil d'État estime souhaitable de tendre vers un système d'accord majoritaire aux trois niveaux de la négociation. Par accord majoritaire, il entend signature par des organisations représentant

786 - Les syndicats représentant les salariés actifs et rarement les chômeurs et les exclus du marché du travail, les négociations entre partenaires sociaux sur le fonctionnement du marché du travail n'incluent donc pas l'ensemble des représentants nécessaires à leur conclusion. La question de la combinaison de la négociation sociale avec la négociation civile se posera de manière aiguë dans bon nombre de dossiers sociaux. L'irruption croissante des droits de l'homme et de l'environnement dans l'entreprise posera aussi cette question de l'élargissement du cercle des interlocuteurs de la négociation sociale. Avec la difficulté que la représentativité ne se mesure pas en termes identiques pour les syndicats et les associations.

787 - Deux questions particulières se posent à cet égard, en dehors de celle qui concerne le MEDEF. Celle, sectorielle, de la représentation des employeurs de l'économie sociale. Et celle, transversale, des employeurs « dépendants ». En effet, à côté des travailleurs indépendants, représentés par ailleurs, se sont développés, à travers les liens de sous-traitance contractuelle, des réseaux d'entreprises entièrement dépendantes, dont les intérêts ne sont pas représentés. Les travaux de l'ancien Commissariat général du Plan (*Promouvoir un environnement financier favorable au développement de l'entreprise*, juin 2005, CGP) ont chiffré l'ampleur de ce phénomène, totalement dissimulé par les statistiques (cf. 12.2.1 et 12.2.4).



une majorité de salariés et non pas signature par la majorité des organisations représentatives. Ce système serait le plus incontestable et le plus approprié pour affermir les accords et les convergences syndicales, surtout si les accords dérogatoires devaient continuer à se développer (cf. 13.4.8.3).

- S'agissant du financement de la négociation sociale, que la position commune du 9 avril 2008 n'aborde que sur le plan des principes, le Conseil d'État propose de distinguer entre le fonctionnement de l'organisation, qui doit demeurer intégralement pris en charge par les adhérents pour garantir l'indépendance de l'institution, et le coût de la participation à la négociation sociale, incluant le recours à l'expertise externe. Sur ce point, les accords sur le dialogue social signés le 12 décembre 2001 par l'UPA et en juillet 2002 par la FNSEA, qui prévoient tous deux une cotisation spécifiquement affectée, montrent un des chemins qu'il est possible de suivre pour parvenir à la nécessaire transparence du financement de cette négociation.

13.1.1.2. Dans les autres champs

La question de la représentativité et de la légitimité des acteurs sociaux ne se limite pas aux organisations professionnelles, comme en témoignent par exemple les discussions sur la modification souhaitée de la composition du Conseil économique et social afin de le rendre plus représentatif des forces vives de la Nation.

La législation reconnaît une place de plus en plus large aux associations dans des domaines bien identifiés : la politique familiale, le logement, la défense de l'environnement, des usagers des services publics ou des consommateurs, la lutte contre les discriminations... Certaines d'entre elles sont d'ailleurs agréées et peuvent à ce titre agir en justice.

Il semble dès lors nécessaire au Conseil d'État à tout le moins d'**approfondir la notion de légitimité et de représentativité des organismes sans but lucratif**, préalable à leur implication éventuelle dans un processus contractuel. Aujourd'hui, le dialogue civil se déroule surtout sur le mode de la concertation mais, si les analyses qui précèdent sont justes, il semble inéluctable qu'à l'instar de ce qui s'est passé dans le domaine du dialogue social, le dialogue civil débouche à son tour un jour, dans certains cas, sur des engagements négociés.

Les débats sur le Grenelle de l'environnement ont par exemple ouvert un espace de cette nature dans le domaine de la protection de l'environnement. La mise en œuvre d'un engagement politique tel que celui de diviser par quatre le niveau d'émission des cinq gaz à effet de serre d'ici 2050 suppose que tous les acteurs concourant à ces émissions se mettent d'accord sur leur contribution à la réalisation d'un objectif national dont une loi ne peut à elle seule assurer le respect. Il faudra donc bien inventer un mécanisme de nature contractuelle pour avaliser les engagements convergents de tous les acteurs concernés, définir les responsabilités et les contributions de chacun. La représentation de la société civile pour conclure ce type d'accord n'est pas actuellement organisée. Il faut donc s'y préparer.

La représentativité des associations ne peut pas se mesurer à l'aune de critères identiques à ceux qui sont retenus pour les organisations professionnelles et qui sont essentiellement quantitatifs. En effet les associations sont, du moins en théorie, au premier chef porteuses d'idéaux et leur légitimité ne



dépend pas d'abord du nombre de leurs adhérents : elle tient plutôt à leurs intuitions, à leur expérience et expertise, à leur connaissance d'un milieu ou d'un problème, à leur sens de l'innovation, à leur rayonnement intellectuel et moral, à la force symbolique des causes qu'elles promeuvent.

Il convient donc de privilégier des critères de représentativité qui rendent justice à cette analyse et qui permettent aux procédures tendant à constater qu'il y est satisfait d'emporter l'adhésion des milieux concernés. Les procédures existantes gagneraient à être aménagées dans cette perspective.

Pour roder les méthodes et les procédures, l'État pourrait, sans attendre, montrer l'exemple en conviant les représentants des usagers des services publics à exprimer leurs souhaits avant d'engager la négociation de certaines conventions concernant les services publics ou leur organisation. Syndicats de salariés et mouvement familial ne sauraient à cet égard revendiquer un monopole de représentation des usagers. Il conviendrait au contraire de prendre modèle sur les représentations diversifiées retenues lors du dialogue de la SNCF avec les usagers sur les tarifs du TGV. Il faut ainsi tenir pour paradoxal que les patients ou des malades ne soient pas conviés en tant que tels à s'exprimer au sujet des conventions médicales, dont l'un des objets est pourtant d'organiser leur accès à la médecine de ville, ou les conventions entre l'État et les entreprises publiques qui assurent un service public.

13.1.2. Veiller à l'éthique de toute négociation

S'agissant de l'éthique ou de la bonne foi dans la négociation, l'État doit fixer et se fixer des règles plus strictes en matière de préparation, de conduite (ou d'interférence dans les négociations où il est en situation de tiers) et de respect de la parole donnée. Ces règles ne sont pas nécessairement du ressort de la loi⁷⁸⁸, certaines relevant plutôt d'un code de bonne conduite. Elles concernent l'État mais également tous les acteurs impliqués dans la négociation.

- La préparation des négociations devrait être davantage mise à profit par le Gouvernement et ses partenaires pour enrichir le diagnostic et repérer les résistances possibles aux réformes. Trop souvent, celui-ci passe outre aux obstacles en découvrant après coup les forces de résistance. La question du partage de l'information avant et pendant la négociation ainsi que la détermination de son ordre du jour méritent également attention⁷⁸⁹.

788 - L'article L. 2242-10 du code du travail détermine par exemple les règles de méthode et de bonne conduite pour la négociation annuelle sur les salaires. Mais la loi ne peut raisonnablement pas comporter toutes les règles en matière de négociation : les accords de méthode et les codes de bonne conduite peuvent constituer, la plupart du temps, une réponse adaptée.

789 - La législation sur le comité d'entreprise réserve une large place à l'information préalable et égale de ses membres. La question de l'information des participants aux autres négociations sociales ne fait curieusement l'objet d'aucune règle. L'article L. 2242-11 du code du travail décrit quant à lui le déroulement des négociations salariales. Les accords de méthode peuvent suppléer à l'absence de règle. En tout cas, tout pouvoir de fixation contractuelle de la norme devrait être précédé par des règles claires de partage de l'information en vue de la négociation et du déroulement de cette dernière jusqu'à la séance de signature. Voir sur ces points Y. Chalaron, « La conduite de la négociation », *Dr. Soc.*, 1990, p. 584.



En outre, pour donner au contrat toute sa crédibilité, les collectivités publiques devraient s'abstenir d'ouvrir des négociations lorsque leur intention finale, déjà arrêtée au départ, est de ne pas conclure.

- Lorsqu'une négociation est entamée à sa demande, l'État devrait s'interdire de prendre tout acte unilatéral entrant dans l'objet de la négociation tant que celle-ci est en cours⁷⁹⁰.
- Lorsque l'État négocie une convention d'objectifs et de moyens, on attend de lui un dialogue équilibré et non pas une attitude de recul distant, qui se concentre sur le seul aspect budgétaire. Si la tutelle s'exerce par la voie contractuelle, le cocontractant attend d'elle qu'elle porte sur les objectifs et pas seulement sur les moyens⁷⁹¹. L'éthique de la négociation implique donc de s'intéresser à l'objet final de la négociation et de désigner des représentants qualifiés comme interlocuteurs des partenaires.
- En droit du travail, c'est de la clarté du déroulement de la négociation entre les partenaires sociaux, autant que des modalités d'intervention de l'État avant, pendant et après la négociation, que dépend largement la réussite de ce processus. L'éthique de la négociation est un sujet essentiel, plus souvent traité comme tel dans certains pays étrangers qu'en France où les auteurs ayant investi ce sujet demeurent rares. Le lieu de la négociation, le mode de préparation du projet sur la base duquel on négocie, l'absence de négociation séparée, sont autant de questions que doivent se poser des partenaires s'ils veulent réussir la négociation d'accords.

Si l'État intervient parfois dans la négociation collective pour surmonter l'inaction des partenaires sociaux ou des blocages, le risque d'une instrumentalisation par lui de la négociation sociale existe. Si la menace d'intervention par acte unilatéral fait partie de ses moyens d'action, d'autres comportements peuvent être également encouragés. Par exemple, l'État pourrait s'interdire de faire valider par les partenaires sociaux des textes déjà décidés par lui ou de nouer des contacts directs avec certains des négociateurs et s'astreindre à passer exclusivement par le président de la commission ou du groupe de négociation pour faire valoir son point de vue lorsqu'il est tiers au contrat en cours de discussion.

La volonté de conclure à tout prix avec une partie des organisations syndicales pose aussi question au regard de l'éthique des négociations, y compris quand elle se fait jour à l'occasion d'une simple concertation portant sur une matière qui ne relevait pas de la négociation collective: en dosant les concessions pour obtenir le soutien d'une organisation, l'État s'interdit d'obtenir un soutien plus large ou majoritaire et prend le risque de laisser de profondes séquelles, car il existe une

790 - La Chambre sociale de la Cour de cassation a déjà admis qu'un juge pouvait suspendre l'application d'une mesure lorsque cette dernière supposait la consultation préalable du comité d'entreprise ou aurait dû faire partie de la négociation annuelle sur les salaires (Cass. Soc., 28 novembre 2000, AXA, n° 98-19594, Bull. V, n° 398, p. 304).

791 - Le rapport des inspections générales de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur et de la recherche montre qu'il n'en va pas toujours ainsi. Il souligne sur ce point le déséquilibre de la négociation, la tutelle ayant une position de repli et se bornant à entériner les propositions de l'opérateur (*La Documentation française*, 2008, p. 182).



mémoire de la négociation sociale⁷⁹². Même si négocier implique de ne pas dévoiler ses positions ultimes et si toute négociation s'autorégule, l'État pourrait s'interdire de négocier avec une partie seulement des organisations représentatives, même lorsqu'un texte prévoit la signature de l'accord par une ou plusieurs. C'est ce que requièrent depuis peu certains accords de méthode dans les entreprises. Selon la jurisprudence du Conseil d'État, l'absence de reconnaissance d'un syndicat représentatif avant l'ouverture de la négociation à laquelle il doit être convié⁷⁹³ ou une négociation séparée avec certaines organisations, alors que la loi impose une négociation en commission⁷⁹⁴, entache, y compris la régularité de cette dernière. Cette jurisprudence ne semble admettre la mise à l'écart d'une organisation au cours de la négociation que si cette organisation manifeste clairement son opposition de principe à la négociation et condamne par avance son résultat⁷⁹⁵.

- Si les exigences relatives à l'éthique de la négociation devaient se renforcer et si des accords de méthode plus nombreux venaient à l'avenir préciser les règles du jeu de la négociation⁷⁹⁶, la jurisprudence administrative pourrait admettre la nullité de tout contrat conclu en violation de ces accords, de manière à inciter à leur respect.
- Plus généralement, le Gouvernement exerce une responsabilité particulière : il est le « maître des horloges », en particulier parce qu'il a la maîtrise de l'ordre du jour du Parlement. Or il doit concilier quatre temps différents, qui n'ont aucune raison de s'accorder *a priori* : le temps politique et médiatique, le temps du législateur, le temps des partenaires sociaux et de leur négociation, le temps des entreprises. Accorder ces calendriers entre eux fait partie de l'éthique de la négociation, une éthique qui requiert de dépasser les calculs et les intérêts particuliers, les siens y compris. **Le succès dans la mise en œuvre de la loi du 31 janvier 2007 sur le dialogue social dépendra largement de la manière dont le Gouvernement réussira à accorder entre eux ces différents temps et calendriers.**

13.2. Ouvrir de nouveaux horizons au contrat

Le Conseil d'État estime souhaitable de laisser une plus large place au contrat à la fois comme mode de production de normes et d'action publique. Sans en dresser un inventaire exhaustif, les exemples ci-dessous voudraient surtout indiquer les voies du possible et souligner les conditions auxquelles cette extension sera acceptable.

792 - Les circonstances et conditions dans lesquelles a été obtenu l'accord de 2003 sur la réforme des retraites ont eu des effets induits sur les négociations suivantes et souligné les risques liés à une négociation individualisée.

793 - CE, 13 novembre 1995, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France et autres*, rec. tp. 1045.

794 - D. Aufrère-Philbert, « La rigidité de la procédure en matière d'extension des conventions et accords collectifs », note sous CE, 26 octobre 1988, *Dr. Soc.* 1989, p. 237.

795 - CE, Ass., 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français*, rec. p. 469, *AJDA*, 1984, p. 664, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue ; 8 juillet 1998, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, rec. tp. 1184 ; 8 juillet 1998, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, requête n° 189244 et 189343, rec. tp. 1184.

796 - J. Barthélémy, « L'accord de méthode de la négociation collective », *Les Cahiers du DRH*, n° 40, 29 juin 2001 et « L'ingénierie de l'accord de méthode », *ibidem*, n° 46, 26 octobre 2001.



13.2.1. En tant que mode de production de normes

En dehors des domaines correspondant aux fonctions régaliennes de l'État, beaucoup se prêtent à un meilleur usage du contrat.

13.2.1.1. Les domaines où le contrat doit demeurer exclu ou marginal

Pour le Conseil d'État, le contrat n'est pas appelé à se développer dans les domaines correspondant aux fonctions de souveraineté (cf. 10.2.2). Ceux de la sanction pénale et de la police, avec quelques nuances (cf. 10.2.2), ont été explicitement délimités. Le raisonnement sous-jacent tient à l'indisponibilité des compétences dévolues aux personnes publiques dans ces domaines ou, ce qui revient au même, à l'exercice unilatéral des attributs de l'*imperium*.

13.2.1.2. Les autorités de régulation

Les autorités de régulation pourraient réserver progressivement une plus large place à la régulation contractuelle, là où elle présente des avantages et répond à une attente des entreprises.

- La CRE pourrait ainsi être autorisée à recourir à la régulation incitative en ce qui concerne la qualité de l'électricité, pour laquelle la réglementation n'impose que des minima, et l'évolution de la productivité.
- Dans le même ordre d'idées, il vient d'être suggéré⁷⁹⁷ que, parallèlement aux procédures de règlement amiable devant le Conseil de la concurrence (cf. 3.1.4.3), les entreprises puissent mettre un terme aux poursuites pénales lorsque leur comportement anticoncurrentiel est également susceptible de recevoir une qualification pénale. De même, a été récemment évoquée l'institution d'une procédure de composition administrative devant l'AMF et sa Commission des sanctions.

Sans préjuger des solutions qui seront retenues dans chaque cas, le Conseil d'État regarde favorablement cette évolution qui tend à assurer une convergence entre la composition administrative et la composition pénale et à reconnaître aux autorités administratives indépendantes une faculté reconnue de longue date aux administrations économiques.

13.2.1.3. En droit fiscal

La matière est très sensible et exige d'avancer avec prudence, même si les grandes entreprises sont particulièrement attentives à cette question. **Au regard des risques d'insécurité fiscale que sont l'instabilité de la norme unilatérale⁷⁹⁸, la combinaison des normes nationales et internationales et le risque d'abus de droit, les recommandations ci-dessous n'auront qu'un effet marginal sur ce problème.**

797 - C'est ce qui se passe avec les autorités investies du pouvoir de déclenchement des poursuites en matière fiscale et douanière. Il s'agirait donc simplement d'aligner la situation des autorités indépendantes sur celle de ces administrations. Le rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires (cf. note 662) comporte une proposition semblable (proposition 19).

798 - Le crédit impôt recherche réputé pour sa complexité et le contentieux abondant qu'il a suscité en est l'exemple emblématique.



Le Conseil d'État suggère deux avancées successives: d'abord transformer les «agrèments fiscaux» sur les prix de transfert en véritables contrats, ouvrant une véritable négociation entre trois parties (le contribuable et les deux États concernés). Le risque est faible pour l'État dans la mesure où les intérêts en présence sont opposés et donc de nature à s'équilibrer et à prévenir les débordements. Ceci permettrait, sur un nombre très limité de cas, de roder un véritable mécanisme contractuel en droit fiscal (durée du contrat, nature de l'engagement de l'entreprise, sanction, mode de révision...) dont on pourrait ainsi vérifier la faisabilité et l'intérêt.

Par la suite et au vu de l'expérience acquise, le Conseil d'État recommande de transformer le rescrit fiscal en un véritable contrat pour lui donner davantage de crédibilité et en faire un élément de l'attractivité du territoire à l'égard des entreprises étrangères. Pour y parvenir, il convient d'éviter de généraliser le principe de l'acceptation implicite par l'administration au terme d'un délai de quatre mois, comme cela est parfois suggéré. Comme on l'a vu (cf. 11.3), le principal intérêt du *ruling fiscal* est d'encourager le dialogue entre le contribuable et l'administration fiscale. La technique de la décision implicite encourage la tendance inverse: ne jamais rencontrer le contribuable et décider sur pièces avant l'expiration du délai, le plus souvent dans un sens négatif. Elle serait donc totalement contre-productive au regard des objectifs recherchés.

La contractualisation du rescrit favoriserait au contraire la négociation entre l'entreprise et l'administration fiscale en amont et ne cantonnerait plus le rescrit à une simple prise de position formelle à l'égard d'une situation de fait. Le rescrit fiscal ainsi conçu pourrait constituer un outil non négligeable dans le développement du dialogue entre l'administration fiscale et les grandes entreprises. L'idéal serait de mettre au point une formule où l'agent ne serait pas laissé seul face à l'entreprise mais pourrait solliciter l'engagement de sa hiérarchie. Le Conseil d'État est en mesure de contribuer à ce travail.

13.2.1.4. La négociation dans la fonction publique

• Une fonction publique qui réserve une place prépondérante à l'acte unilatéral et au statut et une place marginale à la négociation et à son débouché, l'accord, est-elle toujours adaptée? La doctrine en débat à nouveau, comme au début du XX^e siècle: pour certains, le statut légal et réglementaire serait le dernier avatar d'un modèle dépassé de société bureaucratique se refusant à évoluer au risque de scléroser l'appareil d'État; pour d'autres, ce statut reste le plus sûr garant de l'impartialité de l'administration et de l'égalité d'accès au service public. Les considérations générales du rapport annuel 2003 du Conseil d'État sur les «Perspectives pour la fonction publique» ont d'ailleurs largement contribué à relancer le débat en identifiant trois voies pour conférer, le cas échéant, une place plus significative au contrat collectif⁷⁹⁹. Le Président de la République

799 - Une voie dite «maximaliste» verrait le basculement d'un grand nombre d'agents d'un régime statutaire et réglementaire dans un régime de convention collective et de contrat de travail. La voie «minimaliste» ajouterait, dans le respect du régime réglementaire et statutaire et en le complétant, un droit d'origine conventionnelle. La voie «intermédiaire» réorganiserait la fonction publique de manière à faciliter la gestion fonctionnelle des agents, sans remettre en cause le bénéfice d'un déroulement de carrière lié à des grades. Les règles de déroulement statutaire de carrière incomberaient au pouvoir réglementaire tandis que la détermination des règles de gestion fonctionnelle pourrait être en partie confiée par la loi à des accords collectifs directement applicables.



s'en est également saisi, émettant le vœu⁸⁰⁰ que « pour certains emplois il serait souhaitable qu'on laisse le choix aux nouveaux entrants entre le statut de fonctionnaire ou un contrat de droit privé négocié de gré à gré. Cela donnerait de la souplesse et du sang neuf. Et cela élargirait les possibilités de choisir ». Il a précisé sa pensée en installant la Commission Larcher sur l'hôpital : « L'hôpital public doit être un des premiers terrains d'application du contrat que j'ai évoqué dans mon discours sur la fonction publique le 19 septembre dernier. Dans certains cas, qu'il faudrait préciser, peut-être à titre expérimental, les praticiens hospitaliers pourraient conclure un contrat de gré à gré avec leur établissement. Ce contrat permettrait d'améliorer la rémunération des praticiens en modernisant le régime de l'activité libérale »⁸⁰¹.

L'inclusion du thème de la rénovation du dialogue social dans les négociations entre l'État et les organisations syndicales de la fonction publique dans le cadre du « Pacte service public 2012 » est particulièrement bienvenue : le débat porte notamment sur les critères de la représentativité des organisations syndicales, le champ de la négociation contractuelle et la valeur juridique des accords conclus.

- Définir des critères plus robustes pour la validité des accords afin d'en conforter la valeur politique constitue une préoccupation légitime, surtout si l'objectif est de renforcer le dialogue social dans la fonction publique. La question de l'ouverture éventuelle d'un droit d'opposition majoritaire aux accords signés⁸⁰² mériterait également d'être débattue et tranchée à cette occasion.

- Le champ de la négociation et de l'accord pourrait être élargi. Une distinction doit être faite à cet égard entre les règles statutaires et les autres. La négociation se conçoit en effet aisément dans toute son ampleur en matière non-statutaire, par exemple pour tout ce qui touche à la détermination des règles de la gestion fonctionnelle des agents. Il n'en va pas de même en matière statutaire. On ne saurait pour autant totalement exclure le recours à l'accord contractuel dans cette matière, par exemple pour encadrer l'évolution des carrières comme l'ont fait les accords Durafour. Dans ce cas, l'accord renverrait à des mesures unilatérales d'application, sans qu'elles puissent le méconnaître. L'accord devrait être soumis à une homologation dans des conditions garantissant le respect du pouvoir réglementaire du Premier ministre. Le champ de la négociation ne peut être déterminé limitativement *a priori* mais devrait au contraire rester assez largement ouvert. Ce sont les conditions de la négociation et de la validation des accords qui devraient en revanche être rigoureusement définies.

Pour que cet élargissement soit fructueux et réponde à une logique de complémentarité entre règles statutaires et accord, la simplification des statuts et la

800 - Allocation à l'occasion de la visite de l'Institut régional d'administration de Nantes le 19 septembre 2007. Le Président de la République a également ouvert un nouveau champ à la négociation collective dans la fonction publique : « La réforme de la rémunération, c'est aussi le développement d'une protection sociale complémentaire qui ne soit pas enfermée dans les statuts et qui puisse faire l'objet d'une négociation collective ».

801 - Allocation prononcée au CHU de Bordeaux le 16 octobre 2007 pour l'installation de la Commission Larcher.

802 - Contrairement à ce qui prévaut dans le secteur privé, il n'existe pas dans la fonction publique de droit d'opposition majoritaire à un accord signé par des organisations minoritaires. Cette question fait actuellement l'objet de débats.



réduction de leur nombre doivent être poursuivis : on ne peut pas raisonnablement demander à la négociation collective de compléter les dispositions applicables à des centaines de statuts différents.

Le champ de la négociation pourrait progressivement inclure des questions touchant à la rémunération⁸⁰³, les conditions de travail, le temps de travail⁸⁰⁴, le déroulement de carrière (formation ; promotion ; reclassement ; reconversion...), l'action sociale et culturelle et la protection sociale complémentaire. L'article 8 du statut général pourrait être modifié en ce sens.

Un des premiers chantiers ouverts à la négociation collective pourrait être de définir le statut des contractuels, en les soumettant soit au droit public, soit au droit du travail.

Il serait également souhaitable de prévoir dans la loi la négociation collective territoriale et peut-être sectorielle⁸⁰⁵, en précisant ce qui peut se négocier au niveau ministériel, régional ou départemental. La décentralisation de la négociation pourrait favoriser la conclusion d'accords homologables : en réduisant le champ d'application de l'accord, elle en faciliterait la conclusion. À cette occasion, le Gouvernement devrait veiller à ce qu'un accord local ne puisse pas déroger aux stipulations plus favorables d'un accord national. Il devrait aussi, lors de leur homologation, pouvoir vérifier, pour en contenir les risques indéniables, que les accords conclus respectent les contraintes légales et réglementaires et ne remettent pas en cause la cohérence des politiques de gestion des ressources humaines.

- Si les accords signés sont aujourd'hui dépourvus de valeur juridique (cf. 9.3.1), il revient au Gouvernement d'effectuer pour l'avenir un choix clair entre deux options : conserver le régime actuel dans lequel l'accord ne possède pas d'existence propre mais s'analyse comme une négociation préalable à l'élaboration d'actes unilatéraux débouchant sur un engagement moral et politique, ou reconnaître à l'accord une valeur juridique propre. Dans cette deuxième hypothèse, la formule serait soit de reconnaître directement cette valeur dès la signature

803 - Au niveau de la négociation interministérielle et dans les trois fonctions publiques seraient négociables ce qui relève de la loi et du statut (garanties et organisation de la carrière, grilles), ainsi que la réforme des primes et des indemnités interministérielles ou propres à chaque fonction publique (indemnité de résidence et supplément familial de traitement). Au niveau de la négociation ministérielle seraient négociables la création de nouvelles primes, la détermination de l'architecture et des plafonds des primes et indemnités ainsi que leur modulation. Au niveau de chaque employeur territorial serait négociable le plafond (égal ou inférieur au plafond précédent) applicable à la collectivité, puis acté dans le cadre d'une délibération.

804 - Sachant que la détermination de la durée hebdomadaire du travail pour les fonctionnaires et agents de l'État n'entre pas dans les garanties fondamentales qui leur sont accordées, elle n'est pas au nombre des matières réservées au législateur et relève du pouvoir réglementaire (CE, Sect., 29 juillet 1983, *Dubasque* (1^{re} espèce) et *Syndicat général CGT des personnels de l'éducation nationale* (2^e espèce), Recueil Lebon, p. 309).

805 - La question mérite d'être également débattue en profondeur car les spécialistes de la fonction publique font observer que les négociations dans la fonction publique suivent un cycle différenciation/rattrapage. Lorsque l'État accorde sous la pression des intéressés des avantages à une catégorie de personnel (la fonction militaire en 1973-1974, la police en 2003), il déclenche à retardement des phénomènes de rattrapage en raison du principe de parité qu'a consacré la grille de rémunération de la fonction publique. Cette logique de différenciation/rattrapage expose ainsi l'État à un risque constant de surenchère et à une dérive du coût salarial.



de l'accord, dans des conditions à préciser, soit de prévoir une homologation (cf. 9.3.2), à condition que l'accord ait été rédigé de telle sorte que son contenu puisse être immédiatement incorporé au droit existant ou qu'il comporte obligation pour la puissance publique de prendre dans un délai déterminé les mesures d'application nécessaires. Couplée avec une négociation davantage décentralisée et avec une simplification statutaire, cette technique permettrait d'accélérer l'entrée en vigueur des accords et conserverait au profit de l'État un pouvoir de contrôle de leur cohérence avec la politique générale de la fonction publique. Elle devrait s'accompagner d'un effort de formation des négociateurs et de rédaction des accords, de telle sorte que ceux-ci puissent devenir immédiatement applicables, sans avoir besoin d'être réécrits. Dans la première hypothèse, des mécanismes de suivi devraient être généralisés dans les accords signés pour crédibiliser leur valeur et l'engagement de l'État de les respecter.

- Pour encourager davantage la négociation collective, il apparaît souhaitable d'**instaurer une périodicité obligatoire pour cette négociation**.

Contrairement à ce qui est prévu pour le secteur privé (cf. 2.1.1), les textes applicables à la fonction publique n'imposent aucune périodicité pour engager une négociation. Malgré les dangers que représenterait l'assujettissement de la négociation sociale à un calendrier entièrement défini par l'État, il est suggéré de préciser la périodicité des rendez-vous obligés et de l'affiner pour tenir compte des spécificités de la négociation dans la fonction publique. La négociation pourrait devenir pluriannuelle sur les mesures générales, par exemple la valeur du point d'indice, en liaison avec les projections budgétaires à moyen terme⁸⁰⁶, et connaître un rythme différent pour le reste, chaque négociation devant elle-même permettre de définir la périodicité optimale par thème.

13.2.1.5. La résolution des conflits

Une des fonctions du contrat étant de mettre fin à des conflits et de pacifier les situations (cf. 7.4.2.1), **le Conseil d'État est favorable au développement des modes non juridictionnels de résolution des conflits**⁸⁰⁷.

- Il a suggéré à cet effet que les personnes morales de droit public soient autorisées à recourir à l'arbitrage pour tout litige opposant les parties au contrat (en excluant donc les tiers), y compris lorsque le contrat est déclaré nul⁸⁰⁸. La

806 - Il serait souhaitable en ce sens d'aligner le rythme de ces négociations sur les grands rendez-vous décisionnels de l'État et des collectivités territoriales. Si la programmation et la gestion budgétaire deviennent triennales, la négociation salariale devrait sans doute s'aligner sur ce rythme. D'autres thèmes de négociation pourraient, comme dans le secteur privé, relever de rythmes différents. Le relevé de conclusions relatif au nouveau cadre des négociations salariales dans la fonction publique signé en février 2008 par cinq organisations syndicales amorce opportunément ce mouvement. Il inclut dans la négociation annuelle l'examen du mécanisme de garantie du pouvoir d'achat, les mesures catégorielles et l'intéressement collectif aux résultats du service.

807 - Les études du Conseil d'État, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993. Voir aussi sur ce point l'avis du 6 mars 1986 sur l'arbitrage dit « Eurodisneyland » (*Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 15, p. 175).

808 - Rapport au Garde des Sceaux du groupe de travail sur l'arbitrage, présidé par D. Labetoulle, rendu le 13 mars 2007.



matière couverte inclurait tous les contrats administratifs (DSP, occupation du domaine public, association entre collectivités...⁸⁰⁹), sauf les contrats liant l'administration à son personnel⁸¹⁰. Un projet de loi a été proposé à cet effet, dont l'adoption rapide par le Parlement est souhaitable.

Il ne faut pas se dissimuler toutefois que le recours à l'arbitrage par les collectivités territoriales demeure freiné par des considérations psychologiques et financières : son coût, alors que celui du recours au tribunal administratif est moindre, et la crainte de se voir reprocher par l'opposition de concourir à la privatisation de la justice.

- Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État renouvelle ses recommandations sur la nécessité pour les administrations d'adopter des politiques volontaristes de règlement amiable des litiges, et notamment de conciliation⁸¹¹ ou de transaction lorsque les circonstances s'y prêtent (existence d'un texte les permettant, volume important de réclamations ne posant pas de problème juridique...). Car si le recours à la justice administrative est le plus souvent gratuit pour les administrations, il a un coût pour la collectivité⁸¹². Et la rapidité de règlement des litiges correspond à l'attente première des justiciables. Les administrations devraient donc envisager la négociation d'une transaction, dès que leur responsabilité est engagée de manière certaine et qu'un préjudice est avéré. Les formules de notification des décisions pourraient être utilement revues en ce sens : au lieu d'inviter à saisir directement le tribunal administratif, elles pourraient utilement mentionner cette possibilité. Les préfets devraient avoir pour instruction de ne déférer au juge de la légalité que les transactions ne comportant manifestement pas d'équilibre dans les concessions réciproques. Et le ministre des finances devrait rappeler régulièrement aux comptables publics, qui font souvent obstacle à leur exécution, qu'une transaction est un contrat qui doit être honoré. La circulaire de 1995 sur la transaction pourrait être actualisée, en y incluant à destination des comptables publics, l'apport considérable de la jurisprudence depuis cette date. Un effort de même nature est à déployer en

809 - Les marchés publics sont déjà couverts par une disposition spécifique, l'article 128 du code des marchés publics, issu de la loi du 17 avril 1906 qui avait pour objet de favoriser le règlement des litiges nés des travaux liés à l'organisation de l'exposition universelle de 1900. Dans cette matière existent aussi des comités consultatifs de règlement amiable des différends ou des litiges relatifs aux marchés publics, prévus à l'article 127 du même code.

810 - Sur la répartition des compétences juridictionnelles en matière d'arbitrage, voir TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance*, requête n° 3506, Recueil Lebon, p. 640, *RJEP* 2007, p. 30, concl. J.-H. Stahl.

811 - Illustration récente de cette absence de volontarisme en la matière, le Conseil d'État vient d'annuler, en l'absence d'accord sur une convention entre l'État et le département, un arrêté interministériel mettant provisoirement des services de l'État à la disposition d'un département sans que le mécanisme de conciliation prévu par la loi du 13 août 2004 ait été respecté : la commission nationale de conciliation, au lieu d'examiner chaque situation et de s'efforcer de rapprocher les points de vue avant l'intervention de l'arrêté, s'était bornée à émettre un avis global sur 79 projets de convention de mise à disposition de services sans exercer sa mission (17 octobre 2007, *Département de Haute-Garonne*, requête n° 290258, *Dr. Adm.*, 2007, n° 11, 148, p. 20).

812 - Budgétaire en premier lieu (la section du rapport et des études mène une étude particulière à ce sujet dont les conclusions seront disponibles fin 2008), et d'opportunité : l'encombrement du prétoire par des affaires qui ne le méritent pas retarde le règlement de ces affaires mais aussi par contrecoup celui de toutes les autres, dont celles des administrations.



direction des juges des comptes. Si ces rappels ne suffisaient pas, une loi devrait imposer aux comptables publics l'obligation d'exécuter les transactions.

• Faciliter la résolution des conflits sans avoir besoin de s'adresser au juge constitue également une préoccupation à l'égard du juge judiciaire. Le Conseil d'État est donc favorable, par exemple, à ce qu'en cas de mise en jeu du droit de préemption, le prix puisse faire l'objet d'une négociation et d'un accord pendant toute la phase d'échange des propositions et contre-propositions écrites, afin d'éviter de saisir le juge de l'expropriation⁸¹³.

13.2.2. *En tant que mode d'action publique*

Les attentes à l'égard du contrat sont très fortes dans ce domaine et il convient d'y répondre positivement.

13.2.2.1. *Donner davantage de prix à la signature de l'État : une question de confiance*

Pour s'épanouir pleinement, le contrat nécessite un environnement qui lui soit favorable. C'est-à-dire une société où règne un « ethos de la confiance », concept et réalité européenne analysés par Alain Peyrefitte⁸¹⁴. Fragile, celle-ci ne se décrète pas : « *On ne change pas une société par décret. De toutes les façons, la confiance ne se décrète pas. La confiance ne se commande pas. C'est elle qui commande tout le reste.* »⁸¹⁵

Dans les relations contemporaines, le contrat repose aussi sur le respect de la parole donnée et sur la fidélité aux promesses. Friedrich Nietzsche⁸¹⁶ a mis en évidence la place centrale de la promesse dans l'histoire de la civilisation, force en vertu de laquelle la volonté l'emporte sur le devenir : « *élever et discipliner un animal qui puisse faire des promesses, n'est-ce pas là la tâche paradoxale que la nature s'est proposée vis-à-vis de l'homme ? Combien l'homme, pour pouvoir ainsi disposer de l'avenir, a dû apprendre à séparer le nécessaire de l'accidentel, à pénétrer la causalité, à anticiper et à prévoir ce que cache le lointain, à savoir disposer ses calculs avec certitude, de façon à discerner le but du moyen – et jusqu'à quel point l'homme lui-même a dû commencer par devenir appréciable, régulier, nécessaire, pour les autres comme pour lui-même et ses propres représentations, pour pouvoir enfin répondre de sa personne en tant qu'avenir, ainsi que le fait celui qui se lie par une promesse !* »

Habitué à signer de nombreux contrats, dont de faux qui ne l'engagent pas, l'État a contribué à jeter le doute sur la promesse et sur le contrat : il promet beaucoup et n'honore pas toujours ses engagements. **Promouvoir la civilisation du contrat requiert au premier chef que l'État restaure la confiance dans la promesse et dans le contrat, en se pliant lui-même entièrement à ses règles.** C'est aussi la raison pour laquelle le Conseil d'État est favorable à la

813 - Étude du Conseil d'État, *Le droit de préemption*, La Documentation française, 2008.

814 - *Le sentiment de confiance*, 1947, essai ; *La société de confiance*, 1995.

815 - A. Peyrefitte, *La société de confiance*, Odile Jacob, 1998 (2^e édition), p. 638.

816 - F. Nietzsche, *La généalogie de la morale, deuxième dissertation*.



reconnaissance de la valeur juridique de certaines des conventions signées par l'État et propose de les assortir, si possible, d'une sanction, pour mieux inciter à leur respect.

13.2.2.2. Préciser la valeur des conventions d'objectifs et de moyens conclues à l'intérieur d'une même personne publique

À l'instar du contrat de plan État-région, qui a conquis son autonomie parce qu'il était utile (cf. 4.3), **la convention d'objectifs et de moyens doit voir sa place mieux reconnue au sein de l'administration.**

Outil propice au partage des objectifs et à l'évaluation des résultats, la convention d'objectifs et de moyens peut ou doit devenir un **outil de gestion interne de l'administration au même titre que la circulaire dans l'ordre unilatéral.** La liberté d'organisation interne de l'administration est en effet incomplète à l'heure actuelle et bancal : il lui manque un outil d'organisation et de gestion conventionnel ou négocié. Si l'arrêt *Jamart*⁸¹⁷ reconnaît aux ministres, comme à tout chef de service, le pouvoir de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité, cet arrêt ne limite pas formellement aux actes unilatéraux la nature des mesures d'organisation qu'ils peuvent prendre. La doctrine a interprété la jurisprudence comme limitant ce pouvoir à celui de prendre des arrêtés, des circulaires ou des notes de service mais n'a jamais envisagé l'hypothèse des mesures d'organisation négociées ou conventionnelles. S'agissant de régler la situation des usagers, ce pouvoir existe pourtant déjà à travers les actes mixtes ou les règlements à élaboration contractuelle.

Il s'agit donc tout simplement de tirer les conséquences de l'existence de deux grands types de normes à la disposition de l'administration, l'acte unilatéral et l'acte négocié, et d'admettre, dans la ligne de la jurisprudence *Jamart*, que l'administration peut déterminer son organisation interne aussi bien par mesure conventionnelle que par mesure unilatérale.

En attendant, la pratique assez répandue du contrat d'objectifs et de moyens repose sur une base juridique extrêmement fragile (cf. 7.4.1.1), qui pourrait rapidement devenir source de déconvenues ou facteur de démobilisation pour leurs signataires et pour les agents, si la valeur attachée à cet indispensable outil de gestion et de réforme des services publics n'était pas confortée⁸¹⁸. À cet égard, le Conseil d'État ne peut que mettre en garde sur l'utilisation, de plus

817 - CE, Sect., 7 février 1936, rec. p. 172, *GAJA*, 16^e édition, n° 50, p. 314.

818 - Pour une description de ce risque et du malaise, voir le Rapport annuel des inspections générales des ministères de l'éducation nationale et l'enseignement supérieur et de la recherche, La Documentation française 2008, qui souligne la double déception des établissements publics locaux d'enseignement devant un « contrat » où seul l'établissement s'engage (p. 44) et des établissements publics de recherche (p. 176-179). Le rapport suggère qu'un texte vienne définir le « plan d'orientations stratégiques » et le « contrat d'objectifs et de moyens » en soulignant que « la confusion qui règne actuellement entre ces différentes démarches et leurs contenus ne sert pas la mise en valeur du processus contractuel » (p. 181). Il propose d'ailleurs des pistes quant au contenu de ce contrat (p. 183) : possibilité d'inclure des scénarios (bas, médian, haut) et une révision annuelle, et interdiction de toute modification unilatérale des moyens sans révision corollaire des objectifs.



en plus fréquente, des indicateurs inclus dans les conventions comme élément d'assiette pour le calcul de l'intéressement des agents aux résultats. Si ce lien n'est pas critiquable en soi et fait partie des mécanismes d'incitation au respect de la convention (cf. 7.1.2.2), ces « contrats » n'ayant aucune valeur juridique et pouvant être remis en cause à tout moment, y attacher une sanction financière n'est pour le moment guère cohérent avec leur statut juridique et ne pourrait donc que susciter des difficultés d'application en cas de remise en cause unilatérale.

Plusieurs formules s'offrent pour reconnaître une valeur à la « convention d'objectifs et de moyens » (cf. 13.4.1). On pourrait envisager de la traiter comme un « vrai contrat » et interdire à l'un des signataires de la remettre en cause ou de la modifier sans l'accord de l'autre ou sans nouvelle négociation⁸¹⁹. Ce n'est pas la voie privilégiée par le Conseil d'État qui estime contre-indiqué d'introduire du droit et des possibilités de sanction juridique ou de contestation dans un domaine qui relève essentiellement des techniques de management et où ce serait contre-productif⁸²⁰. L'autre voie consiste à préciser la règle du jeu de ce qui, sans être un véritable contrat, est une convention (cf. 13.4.1), prenant acte du concours de deux volontés poursuivant un même but ou des objectifs semblables : utiliser au mieux des ressources publiques identifiées, humaines et financières, pour améliorer le service rendu au public. Plusieurs formules sont envisageables pour renforcer la confiance dans cet outil de gestion : prévoir une procédure de dénonciation à la diligence des signataires ; introduire un mécanisme obligatoire de révision des objectifs si les moyens devenaient, en cours de route, inférieurs à ceux initialement prévus ; prévoir systématiquement dans la convention un mécanisme contractuel de pénalités prédéfinies si l'une des parties ne tenait pas ses engagements ; instituer en dernier recours un mécanisme d'arbitrage interne à la collectivité pour résoudre les éventuels différends, une fois épuisées toutes les autres solutions. Ces différentes options sont à débattre.

Les négociations relatives aux conventions d'objectifs et de moyens devraient également servir à l'État de laboratoire d'essai à la négociation des objectifs et des indicateurs de performance qui y sont associés en matière d'action publique. Dans le cadre de la LOLF, de tels indicateurs ont été fréquemment élaborés de manière unilatérale au sein de l'État. Or chacun sait d'expérience que des indicateurs, retenus autant en fonction de la disponibilité des éléments statistiques nécessaires à leur calcul que de leur pertinence, donnent une représentation encore imparfaite de la réalité et de la performance publique. L'association de l'expertise externe est, ici encore, indispensable (cf. 12.1.2). Comme par ailleurs, les indicateurs de performance deviennent dans la société contemporaine une source de normativité aussi importante que les lois et règlements, ne

819 - L'administration n'étant pas obligée de s'organiser par voie conventionnelle, il lui suffit, si elle veut conserver à tout moment la faculté de modification unilatérale de l'organisation, d'opter pour l'acte unilatéral, de nature réglementaire ou individuelle (du type lettre de mission au chef de service). Il serait en revanche peu recommandable d'encourager la signature de conventions, même internes à l'administration, dans lesquelles une seule des volontés pourrait unilatéralement dicter sa loi à l'autre.

820 - Sur l'immunité juridictionnelle des mesures d'organisation interne du service, voir R. Schwartz, « Le pouvoir d'organisation du service », numéro spécial, « Le service public », *AJDA*, 1997, p. 47.



serait-ce qu'à l'égard des agents, leur négociation s'imposera tôt ou tard. L'État doit donc s'y préparer.

S'agissant du cas particulier de la convention d'objectifs et de moyens au sein de la juridiction administrative (cf. 1.4.3), cinq recommandations peuvent être formulées pour l'avenir.

Les conventions d'objectifs et de moyens doivent pouvoir être couplées avec une projection et adossées à une sécurisation à moyen terme des ressources budgétaires. Si la loi d'orientation et de programmation pour la justice, qui couvrait la période 2003-2007, ne peut plus servir de point d'appui à cet égard, le cadre approprié pourrait être fourni par la programmation budgétaire triennale dont la mise en place est prévue dès 2009.

À l'avenir, les conventions d'objectifs et de moyens devraient être réservées aux juridictions qui, comme les cours administratives d'appel lors de la signature de la première génération de contrats, se trouvent dans une situation justifiant un apport substantiel de moyens nouveaux. Tel est notamment le cas des juridictions d'Ile-de-France. La durée de ces conventions devrait en principe être identique à celle des projections sur lesquelles elles s'appuient, soit trois ans. Mais il serait préférable de définir des objectifs sur six ans, impératifs sur une première période de trois ans, indicatifs sur la période suivante avec, au-delà de la clause d'ajustement annuel habituelle – qui en principe n'est activée qu'en cas de bouleversement des conditions ayant présidé à la conclusion de la convention – un réexamen des objectifs et donc des moyens à mi-parcours.

Pour les autres juridictions, la démarche de gestion par objectifs, qui ne justifie pas la signature de conventions d'objectifs et de moyens proprement dites, devrait se traduire par la mise en place de projets de juridiction synthétisant, annuellement, l'accord entre le Conseil d'État, gestionnaire, et la juridiction, sur les moyens alloués et les objectifs retenus.

Pour renforcer leur portée et leur effet incitatif, les conventions d'objectifs et de moyens, tout comme les projets de juridiction, pourraient être rendus publics. Ces conventions ou projets étant conclus dans l'intérêt direct des usagers (la puissance publique y stipule en vue de l'amélioration du service rendu aux usagers mais en leur absence), leur publication contribuerait à ce qu'ils soient mieux définis, évalués et respectés. Elle pourrait déboucher sur un suivi périodique avec les professions intéressées (auxiliaires de justice, professions judiciaires...).

Un travail en profondeur devrait également être mené en matière d'indicateurs. Aux indicateurs quantitatifs devraient s'ajouter des indicateurs mesurant la qualité de la justice rendue. Cette préoccupation, déjà prise en compte par les indicateurs budgétaires généraux de la juridiction administrative⁸²¹, mériterait d'être renforcée et, sans doute, mise en œuvre juridiction par juridiction. De même l'évaluation de l'efficacité de la juridiction administrative pourrait être affinée. Compte tenu de ses difficultés, cette double démarche gagnerait à être conduite en coopération avec les juridictions administratives étrangères confrontées au même défi.

821 - Aux indicateurs de flux et de stocks s'ajoutent des indicateurs de délais, ou encore de taux d'appel et de pourvoi en cassation.



Par ailleurs, après un retour à la normale s'agissant des délais de jugement, l'effort pourrait porter sur la formalisation du calendrier de la procédure⁸²² qui serait communiqué dès le départ à tout justiciable et aux auxiliaires de la justice administrative. Couplée avec un accès direct à l'information sur la situation du dossier, chaque juridiction devrait pouvoir communiquer très tôt le plan d'instruction de l'affaire et donner en conséquence une date indicative de jugement dont il appartiendrait ensuite au président de chambre d'assurer le respect. Ceci suppose en amont – mais la justice administrative en est proche – une excellente capacité à identifier à l'enregistrement des affaires et à les trier selon leur nature, leur difficulté prévisible et leur urgence.

13.2.2.3. Reconnaître une valeur juridique aux conventions de programme

Le Conseil d'État estime que la liberté contractuelle reconnue aux collectivités territoriales a changé la donne⁸²³ et rend désormais incongru que l'État puisse, sans aucune conséquence, se soustraire à des engagements qui conditionnent le développement des territoires.

La proposition formulée ci-dessus pour les conventions d'objectifs et de moyens (cf. 13.2.2.2) vaut donc aussi pour ces conventions de programme⁸²⁴. À deux différences près. D'une part, ces conventions peuvent comporter des engagements, s'ils sont précis (cf. 7.1.2.2). D'autre part, si elles sont conclues entre deux personnes publiques, le recours au juge ne peut être écarté. Il serait donc souhaitable que ces conventions incorporent obligatoirement un dispositif de sanction préalablement négocié entre les parties, qui serait déclenché, et lui seul (cf. 7.1.2.2), par le recours au juge en cas de conflit non résolu par la transaction.

13.2.2.4. Préciser la place du contrat dans la gestion des agents publics

En ce qui concerne les contrats individuels de travail, aucune suite n'a encore été donnée aux propositions formulées dans le rapport 2003 du Conseil d'État sur la fonction publique quant au contrat d'affectation⁸²⁵.

En revanche, des progrès nombreux ont été enregistrés depuis 2003 dans le sens de la personnalisation de l'évaluation et du déroulement de carrière des

822 - La notion de « contrat de procédure » ne paraît pas appropriée, s'agissant seulement d'une indication de calendrier prévisionnel qui n'a rien de contractuel. Mais elle est fréquemment utilisée par les avocats et cette notion leur est familière. Elle est écartée ici, par souci de cohérence avec les recommandations figurant au 13.4.1, mais elle y correspond bien.

823 - E. Fatôme et J. Moreau, « L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA*, 1990, p. 142 ; P. Janin, « Sécurité juridique et contractualisation de l'action publique », 28 juin 2004 (<http://www.laloupiote.net/DLT>).

824 - Comme la convention d'objectifs et de moyens, la convention de programme ne devrait pas forcément être assimilée à un contrat puisqu'elle peut ne pas comporter d'obligations au sens juridique. Si elle n'en comportait pas, il s'agirait seulement de croiser ou de prendre acte du concours de volonté de plusieurs collectivités poursuivant ensemble un même objet ou un même but : comment utiliser au mieux l'investissement public pour développer un territoire donné ?

825 - Il consisterait à prévoir, en complément à la situation statutaire du fonctionnaire, un contrat de droit public lié à l'emploi occupé. Ce contrat, précédé d'une négociation ou d'un échange de vues préalable entre le fonctionnaire et l'autorité gestionnaire, définirait ou prendrait acte des engagements réciproques et préciserait les éléments suivants : caractéristiques de l'emploi, objectifs et moyens affectés, durée de l'affectation.



fonctionnaires et agents. Les statuts d'emploi se sont multipliés, qui permettent d'accueillir en théorie au moins des salariés détachés du secteur privé. L'entretien professionnel annuel va pouvoir remplacer, pour la fonction publique d'État, à titre expérimental entre 2007 et 2009, la notation en vertu de l'article 58 de la loi du 2 février 2007 pour apprécier la valeur professionnelle des fonctionnaires. Des entretiens pluriannuels de déroulement de carrière commencent également à être mis en œuvre. La personnalisation des objectifs et de la rémunération des directeurs d'administration centrale a été expérimentée et sera bientôt étendue aux sous-directeurs et chefs de service... Et pour faciliter la mobilité et les reclassements, il est également envisagé de créer par la loi une variante de la position d'activité, la position « en situation de réorientation professionnelle », inspirée du contrat de transition professionnelle en cours d'expérimentation dans le secteur privé (cf. 2.3.2) et qui permettrait au fonctionnaire de bénéficier d'actions de formation ou de reconversion professionnelles et d'exercer des missions temporaires durant deux ans au plus. En d'autres termes, si de nombreuses avancées ponctuelles sont en cours au sein de la fonction publique, la question de l'articulation du statut et du contrat dans la gestion individuelle des fonctionnaires et dans la gestion de l'emploi n'a pas avancé depuis 2003.

En ce qui concerne les CDI de droit public, il appartient à l'État de préciser rapidement les règles du jeu quant à la mobilité. En théorie, l'État employeur est unique : un CDI recruté par l'État devrait, quel que soit le département ministériel concerné, bénéficier, toutes choses égales d'ailleurs, d'une continuité de son contrat en cas de changement de service ou de ministère. Ce n'est pas encore vraiment le cas car les règles de gestion découragent cette forme de recrutement en multipliant les obstacles à la mobilité⁸²⁶. Bref, il devient urgent d'apporter des réponses claires à toutes les questions touchant à la continuité des missions ou des contrats ainsi qu'à leurs conditions de conclusion, de reconduction ou de renouvellement. L'avis rendu à la demande du Gouvernement par la section des finances le 11 mars 2008 fournit d'utiles indications en ce sens.

Ces questions de mobilité fonctionnelle et géographique doivent aussi retenir l'attention du Gouvernement s'il souhaitait développer le recours aux agents contractuels. En effet, il importerait alors d'inclure dans les contrats des clauses de mobilité géographique et fonctionnelle afin de ne pas paralyser la gestion du service en donnant aux agents un droit de refus de toute mutation dans l'intérêt du service.

En dehors de cela, le Conseil d'État n'a pas identifié la nécessité de créer de nouveaux contrats pour la fonction publique, à une réserve près : le contrat d'engagement temporaire, qui n'existe pas aujourd'hui dans la fonction publique, pourrait répondre, en complément aux vacataires, à des besoins ponctuels comme le remplacement des titulaires absents. Cette adaptation devrait faciliter le fonctionnement du service public, sans remettre en cause la construction statutaire de la fonction publique.

826 - Les règles de reprise d'ancienneté ne sont pas appliquées de façon homogène d'une administration à une autre. De même, la portée des clauses d'affectation territoriale ne fait pas l'objet d'une interprétation uniforme en cas de changement d'affectation. Autre difficulté à résoudre : comment articuler la priorité reconnue aux titulaires en cas de vacance d'emploi avec le souci de favoriser une carrière pour les CDI qui se présenteraient pour combler cette vacance d'emploi ?



13.3. Mieux articuler le droit communautaire et le droit national

Les nouvelles règles communautaires relatives à la passation des marchés publics (cf. 10.1.1.3) ont, pour l'essentiel, été prises en compte par le droit national mais laissent pour le moment sans réponse définitive plusieurs difficultés. Leur résolution nécessite des efforts conjoints pour que le droit communautaire n'ait pas pour conséquence paradoxale de rendre caduques des formes de contrat qui ont, dans la longue durée, démontré leur utilité en droit national ou de limiter sans raison la liberté d'organisation des collectivités publiques prévue par les traités. Dans le même ordre d'idées, le débat ouvert en 2005 par la directive services n'est pas clos et de nouvelles précisions restent nécessaires sur le régime des services sociaux d'intérêt général (SSIG).

13.3.1. Rendre compatibles droit national et droit communautaire pour tous les contrats relatifs à la commande publique

Plusieurs types de contrats font actuellement l'objet de débats entre les autorités nationales et les autorités communautaires⁸²⁷ : les concessions d'aménagement, les concessions, les marchés de définition, les contrats de partenariat et les conventions qui devraient régir les relations entre les EPCI et les communes membres.

13.3.1.1. Les concessions d'aménagement

Concluant la procédure lancée par la Commission le 5 février 2004, la CJCE a récemment jugé⁸²⁸ la réglementation française des concessions d'aménagement⁸²⁹ contraire aux règles établies par la directive 93/37 du 14 juin 1993 sur les marchés publics de travaux⁸³⁰. À cette occasion, elle a considéré que le paiement

827 - La Commission a également ouvert en mars 2005 une procédure contre la France pour transposition inadéquate des directives « recours » de 1989 et 1992 sur deux points : le maintien des articles 44-I du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005, 46-I du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, 80-I-1° du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 et 1441-1 du nouveau code de procédure civile ne permettrait pas au candidat évincé de pouvoir former un recours précontractuel utile dans les dix jours séparant la notification de la décision d'attribution à tous les candidats et la signature du marché. La Commission vient d'adresser le 31 janvier 2008 son avis motivé avec mise en demeure de prendre les mesures nécessaires dans un délai de deux mois.

828 - CJCE, affaire C-220/05, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, rec. CJCE I, p. 389 ; BJCP 2007, p. 184, concl. J. Kokott ; *AJDA*, 2007.167, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDP*, 2007, p. 1329, note S. Braconnier.

829 - E. Fatôme et L. Richer, « La procédure de passation des concessions d'aménagement », *AJDA*, 2007, p. 409. P. Bernard, « Défendre les conventions publiques d'aménagement », *Et. fonc.*, n° 95 janvier-février 2002 ; N. Hachache, « L'aménagement français dans le collimateur de Bruxelles », *Mon TP*, 15 mars 2002, p. 58 ; Liorens et Soler-Couteaux, « Les conventions d'aménagement de la loi SRU sous les feux de Bruxelles », *Contrats et marchés publics*, décembre 2001, p. 3 ; Sestier, « L'aménagement conventionné à l'aune du droit communautaire », *CJEG*, 2002, p. 591.

830 - Pour le Conseil d'État, la consultation destinée à sélectionner l'aménageur n'a pas pour objet la passation d'un marché public ou l'attribution d'une délégation de service public (CE, 29 mai 2000, *SCP d'architectes Legleye*, rec. p. 190 ; CE, 29 avril 2002, *Soc. APSYS innervation*, rec. p. 158 ; *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, 2002, p. 322 et suiv.). Et l'administration est libre de choisir l'aménageur (CE, 26 mars 1997, *Commune de Sceaux*, requête n° 129943). Une bonne partie de la doctrine voyait en revanche dans la plupart de ces contrats, avant l'intervention de cette jurisprudence, des délégations de service public.



d'un prix par l'utilisateur ne suffisait pas à caractériser le risque pesant sur l'opérateur économique titulaire du contrat. Privilégiant une analyse de l'économie générale du contrat, la Cour juge que le risque peut faire défaut lorsque le pouvoir adjudicateur supporte une part substantielle de l'aléa économique, même si l'opérateur se rémunère principalement par le biais de redevances perçues sur les usagers⁸³¹. En d'autres termes, procédant à une opération analogue à celle que pratique le juge national (cf. 7.3.2), la CJCE requalifie en marché public de travaux une concession dans laquelle le concessionnaire ne supporte pas le risque d'exploitation.

La loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005, tirant les conséquences de la procédure communautaire et de la jurisprudence administrative, soumet désormais les concessions d'aménagement à une règle de publicité et de mise en concurrence spécifique, permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, qui n'est pas alignée sur celle des délégations de service public, dont les modalités relèvent du décret en Conseil d'État. Le décret n° 2006-959 du 31 juillet 2006 relatif aux conditions de passation des concessions d'aménagement et des marchés conclus par les concessionnaires⁸³² ne régit toutefois que les concessions comportant une rémunération du concessionnaire substantiellement liée aux résultats de l'opération d'aménagement⁸³³ (article R. 300-11 du code de l'urbanisme), ce qui correspond à la définition de la DSP (cf. 1.2.1). En définitive, les « véritables » concessions d'aménagement sont assimilées à une telle délégation et sont désormais soumises à une publicité et à une mise en concurrence dont les modalités s'inspirent très étroitement de celles prévues par la loi du 29 janvier 1993, conforme aux exigences du droit communautaire. Et les « fausses » concessions d'aménagement au regard du droit communautaire comme du droit national sont quant à elles soumises aux procédures de publicité et de mise en concurrence du code des marchés publics.

13.3.1.2. Le régime des concessions

La question du régime juridique applicable aux concessions de services et celle du libre choix du concessionnaire par l'autorité concédante se pose aussi (cf. 7.2.5), la jurisprudence communautaire ayant de plus en plus tendance à aligner le régime des concessions sur celui des marchés publics (Laurent Richer, « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA*, 2007, p. 2225).

831 - Le droit national des contrats administratifs comporte des contrats complexes (P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, numéro spécial, p. 43 ; M.-Ch. Bréchon-Moulènes, « Droit des marchés publics », *Le Moniteur*, II, p. 600-3), que le droit communautaire a tendance à scinder. Ceci constitue l'un des nombreux problèmes d'articulation entre droit national et droit européen.

832 - R. Schwartz, « Le décret sur les concessions d'aménagement », *BJCP*, n° 48, p. 322.

833 - La concession d'aménagement étant définie par le décret comme un contrat portant sur une mission de service public et dans lequel le cocontractant est rémunéré substantiellement sur les résultats de l'exploitation, on retrouve les éléments de la définition de la DSP (cf. 1.2.1). Autrement dit, les concessions d'aménagement qui seraient assimilées à un marché public en vertu du droit communautaire (marché public ou concession de travaux ou marché public de services selon leur objet principal et l'étendue du risque économique assumé par le concessionnaire) ou du droit national (concession dans laquelle l'aménageur serait par exemple dispensé du paiement de la taxe locale d'équipement) seront soumises à la procédure de passation des marchés publics.



La Commission a d'abord adopté plusieurs communications interprétatives sur les concessions⁸³⁴, la communication constituant l'une des méthodes utilisées par elle pour clarifier le régime juridique des différentes catégories de contrats et mettre en harmonie droit national et droit communautaire. Puis elle a entrepris d'élaborer un projet de directive imposant notamment le dialogue compétitif pour le choix du concessionnaire (cf. 7.4.1.5).

Dans sa réponse du 16 juillet 2007 au questionnaire relatif à une initiative de la Commission visant l'élaboration d'un projet de directive en matière de concession (CC/2007/12), le Gouvernement français a fait valoir que cette dernière se distingue fondamentalement du marché public à un double titre (mode de financement et présence d'obligations de service public), que la définition de la concession en droit communautaire est floue et trop proche de celle du marché public⁸³⁵, que la notion de risque est insuffisamment précise, que la procédure du dialogue compétitif n'est pas adaptée à la négociation d'une concession (puisque le besoin est parfaitement identifié et qu'il faut une procédure de négociation *sui generis* avec publicité) et qu'il n'est pas souhaitable de fixer un plafond automatique de durée, celle-ci devant être adaptée au montant de l'investissement initial. La réponse française insiste aussi sur la nécessité de conserver, avec des seuils d'application différents, une proximité entre la définition de la concession de travaux et la concession de services tant celles-ci sont imbriquées dans la réalité, alors que la directive de 2004 et la jurisprudence de la CJCE tendent à dissocier leurs procédures de négociation et de passation.

Finalement, il semble que la Commission ait provisoirement renoncé à présenter son projet de directive face à l'opposition des États membres et du Conseil à tout alignement du régime des concessions sur celui des marchés publics. Si les autorités françaises restent favorables à une directive qui prendrait en compte la spécificité de la concession et de son régime juridique, elles ne le sont pas à une directive qui rapprocherait la concession du marché public (cf. 7.4.1.2 et 13.3.1.6). Le Conseil d'État partage ce point de vue.

Ce report ouvre une période propice au dialogue des juges. Car, en matière de concession, les difficultés rencontrées sont surtout d'origine jurisprudentielle : un certain flou continue à régner en droit français sur la notion caractérisant la DSP, celle de « rémunération substantiellement assurée par l'exploitation » (cf. 1.2.1) ; en droit communautaire, la jurisprudence de la CJCE fait appel, pour définir la concession, à la notion de « transfert du risque économique », élément qui ne figure pas dans la définition qu'en donne la directive 2004/18 (cf. 13.3.1.6), et tend à requalifier en marché toute concession ne répondant pas

834 - Communications interprétatives sur les concessions en droit communautaire, Commission européenne, 12 avril 2000 (2000/C 121/02) et 29 avril 2001 (JOCE, 29 avril 2001).

835 - Elle souligne notamment que la jurisprudence de la CJCE et du Conseil d'État ont, en se référant à la notion de contrepartie économique à l'exécution d'une prestation, trop élargi la notion de prix payé par un pouvoir adjudicateur en contrepartie d'une prestation telle qu'elle est utilisée pour caractériser le marché public. De ce fait, la distinction entre la notion de prix et de droit d'exploiter un ouvrage ou un service s'est estompée, brouillant davantage les catégories du marché public et de la concession. Et la notion de « droit d'exploitation assorti d'un prix » qui figure à l'article 1^{er} - 4 de la directive de 2004 pour définir la concession encouragerait davantage encore cette confusion.



à ce critère, c'est-à-dire pratiquement toute concession au sens des droits nationaux. La solution aux difficultés actuelles passe donc par une clarification de la part des juges de la frontière entre marché public et concession, à la fois en droit national et en droit communautaire.

13.3.1.3. Le marché de définition

La conformité au droit communautaire du marché de définition fait débat. En liant un marché de définition et un marché de réalisation, sans procéder, au stade du second marché, à une nouvelle mise en concurrence au-delà du cercle des titulaires initiaux du marché de définition, les articles 73 et 74.IV du code des marchés publics (2004 et 2006) sont-ils compatibles avec les articles 2, 28 et 31 de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et avec les principes de transparence et d'égalité de traitement entre les prestataires de services⁸³⁶ ?

Pour tenir compte de la jurisprudence de la CJCE relative à une procédure comparable⁸³⁷, l'article 74 du code des marchés publics a été modifié sur ce point en 2006. La procédure unique prévoit désormais que le pouvoir adjudicateur définit l'objet des marchés de définition et d'exécution ultérieurs dans l'appel public à la concurrence, précise les critères de sélection des candidats et des offres pour les différents marchés et globalise les montants des prestations de définition et d'exécution à comparer aux seuils communautaires.

Malgré cette modification du code, un avis motivé a été transmis par la Commission à la France le 27 juin 2007, qui reprend des griefs anciens, déjà formulés dans un avis motivé du 18 octobre 2004, dans deux lettres des 17 juin 2005 et 16 mars 2006 et dans une mise en demeure complémentaire du 15 décembre 2006. Pour la Commission, qui se réfère à la même jurisprudence de la CJCE, le marché de conception et le marché de réalisation sont deux marchés distincts qui ont chacun leur objet et leurs propres critères d'attribution et il serait impossible de fixer dès le marché de définition les critères d'attribution du marché de réalisation.

Au cours de la phase précontentieuse, la France a répondu le 14 août 2007 que la Commission avait déjà validé cette procédure en 1998⁸³⁸ et que cette dernière respectait en tout point les exigences communautaires. En outre, cette réponse

836 - P.-Y. Monjal, « Quel avenir pour les marchés de définition au regard du droit communautaire ? », *AJDA*, 2007, p. 2293. L'auteur fait observer de manière incidente que la procédure européenne, qui reste confidentielle et ne permet pas de connaître exactement la position des uns et des autres, accroît les risques d'instabilité juridique pour les collectivités territoriales, principales utilisatrices de ce type de contrat, qui restent étrangères au débat. Il penche, au vu de la décision de la CJCE *Commission c/ France*, n° C-340/02 du 14 octobre 2004, rendue au sujet d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage attribué de gré à gré au lauréat d'un concours d'idée, pour l'hypothèse de la contrariété du CMP avec la directive. Selon lui, la jurisprudence de la CJCE oblige à définir clairement pour chaque marché successif et indépendant l'objet et les critères d'attribution de chacun d'eux.

837 - CJCE, affaire C-340/02, *Commission c/ France*, rec. 2004, p. I-9845.

838 - À l'occasion d'une contestation portant sur la réalisation du métro de Rennes (avis motivé n° C (1998) 345 final du 5 mars 1998).



invoque le considérant 3 de l'exposé des motifs de la directive 2004/18 (« Ces dispositions de coordination devraient respecter, dans toute la mesure du possible, les procédures et les pratiques en vigueur dans chacun des États membres ») et l'article 28 de cette directive, éclairé par cet exposé des motifs, qui dispose que « Pour passer leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures nationales, adaptées aux fins de la présente directive ».

Le marché de définition ayant fait, comme tous les autres, l'objet d'une adaptation lors de la transposition de la directive de 2004, le Gouvernement soutient qu'il a conservé cette procédure, ancienne, dans le droit national, comme il en avait le droit, car celle-ci répond à un besoin spécifique, notamment en matière d'aménagement urbain et de grands projets d'infrastructure, auquel ne répond pas le dialogue compétitif (cf. 7.4.1.5).

Quelle que soit l'issue de la procédure engagée⁸³⁹, cette affaire illustre le décalage subsistant entre le droit communautaire – qui n'a prévu dans la directive 2004/18, pour la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, que la dérogation du concours, en amont de la passation d'un marché de réalisation – et le droit national qui comporte une plus grande variété de contrats ayant le même objet, les marchés de définition ou de conception-réalisation par exemple, et maintient une liberté de choix plus large en la matière (cf. 7.4.1.5 et 10.1.2.2). L'articulation entre droit national et droit communautaire pose en la matière une double question théorique et pratique aux autorités nationales. Théoriquement, le principe de la liberté contractuelle devrait conduire les autorités communautaires à admettre que les États membres conservent ou se dotent de contrats spécifiques⁸⁴⁰, pourvu qu'ils soient compatibles avec les règles fondamentales du traité et avec les directives de 2004. Pratiquement, les États membres qui continuent à utiliser une grande variété de contrats administratifs peuvent hésiter sur la meilleure manière de s'assurer, type de contrat par type de contrat, de la compatibilité entre droit national et droit communautaire. Faut-il en rester au plan des principes constitutionnels et camper fermement sur le socle de la liberté contractuelle, en supportant le risque de l'insécurité juridique au regard du droit communautaire ? Faut-il de manière paradoxale au regard de ce qui est indiqué dans la directive 2004/18 encourager la Commission à reprendre à son compte les variétés de contrats utilisés dans les États membres pour en valider l'existence et en conforter le régime juridique au niveau supérieur de l'Union, l'exemple du projet de directive sur les concessions illustrant cette démarche apparemment contradictoire avec le principe national de la liberté contractuelle et avec la possibilité de maintien des pratiques contractuelles en vigueur dans les États membres ?

839 - La Commission a saisi la CJCE d'un recours en manquement contre les dispositions de l'article 73 du code des marchés publics (AJDA, 2008, p. 440).

840 - Du point de vue de l'ordre constitutionnel français, cette question ne se discute plus, compte tenu de la valeur désormais constitutionnelle reconnue à la liberté contractuelle (cf. 10.1.2.1). Du point de vue de l'ordre communautaire, elle ne se discute pas non plus si on admet que l'ordre juridique communautaire s'impose à tous les États membres. Pour un juge français comme le Conseil d'État, ce débat pourrait poser la question délicate de l'articulation entre l'ordre juridique constitutionnel et l'ordre juridique communautaire.



Cette affaire met en évidence l'utilité pour les États membres et pour l'Union européenne de se doter d'un mécanisme permettant de lever beaucoup plus rapidement qu'aujourd'hui les incertitudes juridiques, préjudiciables au bon fonctionnement du marché intérieur, pesant sur le sort d'un type de contrat. Attendre durant plusieurs années l'issue du débat contradictoire avec la Commission⁸⁴¹ puis un arrêt de la CJCE⁸⁴² n'est pas une solution satisfaisante pour les opérateurs économiques, les collectivités territoriales et les grandes administrations nationales. Cet indispensable mécanisme reste à définir entre les autorités nationales et les autorités communautaires.

13.3.1.4. Les contrats de partenariat

À la suite, d'une part, des lignes directrices publiées en avril 2003 et du Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions⁸⁴³ et, d'autre part, d'une demande du Parlement⁸⁴⁴, la Commission, comme elle l'avait fait précédemment pour les concessions, vient d'adopter le 5 février 2008 une communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)⁸⁴⁵. Après avoir rappelé qu'il n'existe pas au niveau communautaire de réglementation spécifique régissant la mise en place de PPPI, elle y aborde notamment la question de la procédure transparente et concurrentielle à suivre pour sélectionner les bénéficiaires des contrats de partenariat en s'inspirant de la directive de 2004/18 et de la jurisprudence de la CJCE. Selon le type de mission attribuée au PPPI, les directives marchés publics ou les principes généraux du traité s'appliquent à la sélection du partenaire privé, étant souligné qu'une double procédure pour la sélection de ce partenaire et pour l'attribution subséquente du marché ou de la concession est considérée comme difficilement praticable.

La qualification du contrat de partenariat au regard du droit communautaire peut varier selon l'objet principal du contrat. En effet, statuant sur la légalité de l'ordonnance du 17 juin 2004, le Conseil d'État, prenant en compte l'objet du contrat et les modalités de rémunération du cocontractant, a jugé que le contrat de partenariat constituait un marché public au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004⁸⁴⁶, sans qu'il soit pour autant soumis au code des marchés publics en France. Mais il s'est abstenu de préciser de quel marché public il s'agissait, de travaux, de fournitures ou de services (cf. 7.4.1.2), cette qualification dépendant

841 - On ne peut passer non plus sous silence l'autre mode de vérification de cette compatibilité, à la seule initiative de la Commission, l'avis motivé et le recours en manquement auprès de la CJCE. Il semble d'après certains observateurs que, devant le blocage de ses projets de textes nouveaux, la Commission ait choisi de privilégier cette voie.

842 - Les délais de réponse aux questions préjudicielles sont actuellement de l'ordre d'un an et demi. Et la mise en place, bienvenue, d'une procédure préjudicielle d'urgence pour les questions relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, n'apportera pas la réponse attendue en ce qui concerne une sécurisation juridique plus rapide des contrats publics.

843 - COM (2004) 327 final du 30 avril 2004, et COM (2005) 569 final du 15 novembre 2005.

844 - P6_TA (2006) 0462, paragraphe 35.

845 - C (2007) 6661.

846 - CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, rec. p. 399 avec concl. D. Casas.



au cas par cas des stipulations du contrat et de son objet principal : contrat mixte décomposable en une série de prestations, son « point de gravité » peut en effet varier. Sans avoir la nature d'un marché public en France et soumis à une procédure spécifique de négociation (cf. 7.2.1), il pourrait donc être qualifié en droit communautaire de marché public de services si le préfinancement du contrat en était l'objet principal, de marché public de travaux si la réalisation d'ouvrages l'était ou de marché public de fournitures si son point central était la location de produits, informatiques par exemple...

13.3.1.5. Les conventions devant régir les rapports entre les EPCI et les communes

La France est poursuivie par la Commission pour infraction aux règles du traité en ce qui concerne le fonctionnement des EPCI et leurs rapports avec les communes membres (cf. 4.3.1). Ces rapports devraient faire l'objet, selon la jurisprudence de la CJCE interprétée par la Commission⁸⁴⁷, de marchés publics et être passés après publicité et mise en concurrence préalables.

Cette affaire repose avec acuité et bien au-delà du cas des EPCI une question bien cernée par la jurisprudence nationale dont c'est une préoccupation constante⁸⁴⁸ : comment préserver la liberté d'organisation des personnes publiques et le libre choix de leur mode de gestion et la rendre compatible avec la jurisprudence communautaire telle qu'elle est ? Cette question serait certes moins cruciale si la France avait cherché et réussi à faire évoluer plus tôt son organisation territoriale, comportant 36 000 communes, mais elle a fait le choix de promouvoir la coopération volontaire entre collectivités plutôt qu'une simplification autoritaire de sa carte administrative.

Pour améliorer l'efficacité de leur organisation et de leur gestion, les collectivités publiques, notamment territoriales, utilisent en effet à l'heure actuelle deux moyens principaux : l'externalisation (achat de prestations externes au lieu de produire en régie ; délégations de service public ; constitution de sociétés d'économie mixte...) et, de plus en plus (cf. 4.3), la coopération (GIE, GIP, ententes, syndicats mixtes...), l'intercommunalité en constituant l'une des formules récentes mais les plus répandues et permettant aux communes de créer à leur usage exclusif un EPCI afin de mutualiser des moyens hors marché (cf. 4.3.1).

847 - Une mise en demeure suite à une plainte a été adressée à la France par la Commission le 18 octobre 2005 au motif que les EPCI et syndicats mixtes sont des pouvoirs adjudicateurs et que l'exception « *in house* » ne peut pas jouer dans un cas où les communes contrôlent l'EPCI qui passe convention avec elles pour régler les conditions de mise à disposition par celles-ci de leurs services. Une réponse a été envoyée par le Gouvernement français le 25 avril 2006 à la suite de laquelle la Commission a maintenu ses griefs (mise en demeure complémentaire du 15 décembre 2006, réponse française du 14 février 2007 puis avis motivé du 27 juin 2007), en se référant en particulier au caractère onéreux de la prestation de services et à la qualité d'opérateur économique de l'EPCI lorsqu'il conclut un tel contrat. Malgré les explications françaises complémentaires apportées au second semestre 2007, la Commission a maintenu son point de vue. Le débat porte sur la possibilité pour les collectivités membres d'un EPCI de mettre à la disposition d'un tel établissement des moyens en personnel ou en matériel. Les remarques qui suivent se limitent à l'aspect contractuel du problème.

848 - *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, 2002, p. 341 et suiv.



Or ces changements d'organisation devraient être juridiquement neutres⁸⁴⁹ et ne pas se traduire pour elles par des contraintes supplémentaires, dans un sens ou dans un autre, qui les dissuaderaient.

La jurisprudence du Conseil d'État a été fixée en ce sens depuis longtemps par plusieurs décisions successives⁸⁵⁰ qui ménagent la liberté d'organisation de la puissance publique en dehors du marché⁸⁵¹. Tout service de l'État peut effectuer, sans aucune formalité préalable et sans mise en concurrence, une prestation au profit de tout autre service de l'État (CE, 4 avril 1970, *Unipain*, rec. p. 280, *AJDA*, 1970, p. 430, concl. G. Braibant)⁸⁵².

Pareillement, le choix du mode de gestion entre la régie et la gestion déléguée est en principe totalement libre⁸⁵³ même si un département peut moduler, dans des limites raisonnables, les aides financières qu'il accorde en fonction du mode de gestion retenu par les communes bénéficiaires de l'aide⁸⁵⁴.

S'agissant des prestations d'action sociale non assimilables à des prestations marchandes, le Conseil d'État a ainsi estimé que l'État pouvait les gérer lui-même en régie ou en confier la gestion par convention à une fondation, sans être astreint à conclure un marché public (avis du 23 octobre 2003 relatif à la Fondation Jean Moulin, EDCE n° 55, p. 209, *Contrats publics*, 2004, n° 34, note E. Fatôme et L. Richer).

Un raisonnement tout aussi novateur a été retenu dans l'hypothèse où l'État passe une convention d'objectifs avec une association dont il reconnaît qu'elle exerce une activité d'intérêt général sans la lui avoir confiée. S'étant borné à cette reconnaissance, le contrat conclu avec elle, qui lui confère un droit de regard sur son fonctionnement et s'accompagne d'une contribution financière, n'est pas soumis à la procédure des marchés publics ou à celle de la délégation de service public (avis de la section de l'intérieur du 18 mai 2004, EDCE 2005, p. 185 au sujet de la Cinémathèque).

849 - Ils peuvent également avoir des impacts fiscaux, qui ne sont pas neutres. Mais l'homogénéité de la fiscalité étant garante des conditions de concurrence, l'impact fiscal (assujettissement à la TVA ou aux impositions locales par exemple) fait partie, pour les personnes publiques, des éléments à prendre en considération dans toute décision de changement d'organisation.

850 - Le mode de gestion du service relève d'un choix discrétionnaire de la collectivité (CE, 18 mars 1998, *Loupias*, rec. p. 975 ; CE, 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, rec. p. 13).

851 - J.-D. Dreyfus, « Mutualisation des services et mise en concurrence, Autour des notions de bonne organisation des services et de prestation hors marché », *AJDA*, 2007, p. 1865.

852 - « *Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'État satisfasse par ses propres moyens aux besoins de ses services ; (...) l'extension des fournitures de pain par la boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires, motivées par des raisons d'économie, est conforme à l'intérêt général* ».

853 - Il découle de la libre administration des collectivités territoriales et ne fait pas l'objet d'un contrôle par le juge : CE, 18 mars 1988, *Loupias*, tp. 975 ; 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, rec. p. 13.

854 - CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes*, rec. p. 502, *CJEG*, 2004, p. 86, concl. F. Séners, *AJDA*, 2004, p. 195, chron. F. Donnat et D. Casas.



Les modalités d'exercice du choix entre faire faire ou faire par soi-même viennent d'être précisées par le Conseil d'État dans un important arrêt de section qui détaille le mode d'emploi dans chaque cas (CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, RFDA, 2007, p. 812, concl. F. Séners et note J.-C. Douence, p. 821, AJDA, 2007, p. 1020, chr. de F. Lenica et J. Boucher). Si les collectivités publiques décident de confier à un tiers la gestion d'un service public, le mode normal de délégation de cette gestion est le contrat, soumis à mise en concurrence et à publicité préalable, qu'il s'agisse d'une délégation de service public ou d'un marché public de service, sauf si une loi en dispose autrement ou si ces collectivités en confient la gestion à un tiers qui, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions dans lesquelles il l'exerce, ne peut être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel⁸⁵⁵. Si elles décident d'assurer directement la gestion du service, elles peuvent ou bien le gérer en régie, ou bien créer seules ou ensemble « à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services... ». Dans ce dernier cas, qui est précisément celui de l'opérateur « in house » de la CJCE (cf. 10.1.1.2), les relations avec cet organisme ne nécessitent pas de conclure un marché ou un contrat de délégation de service public. Troisième cas, qui reprend le contenu de l'avis sur la Cinémathèque, il se peut enfin qu'une personne privée exerce une activité d'intérêt général dont elle a pris l'initiative (cf. note 486) et qu'à un moment donné une collectivité publique reconnaisse à cette activité un caractère de service public. Dans ce dernier cas, très particulier, les relations avec cette personne n'impliquent pas non plus la conclusion d'un marché public ou un contrat de délégation de service public et peuvent s'accompagner du versement d'une subvention.

La jurisprudence récente du Conseil d'État a donc veillé à préserver la liberté d'organisation des personnes publiques hors marché tout en les assujettissant au respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence lorsqu'elles exercent une activité économique sur un marché (cf. 10.2.6).

855 - L'absence d'obligation de passer par une DSP ou un marché public de service vise ici le cas où la collectivité publique serait dans l'incapacité d'identifier des opérateurs susceptibles de concourir. L'absence de marché relève d'une analyse concrète, au cas par cas. Et, si contestation ultérieure devant le juge il devait y avoir, la collectivité devrait démontrer *in concreto* qu'elle se trouvait bien dans un cas où la passation d'un contrat n'aurait pas eu de sens. La collectivité peut procéder ici par décision unilatérale sans recourir au contrat ou au contraire recourir au contrat sans mise en concurrence et sans publicité préalable. Cette exception à la règle met en relief la volonté de donner toute sa signification à la procédure de passation d'une DSP ou d'un marché de service : celle-ci n'est pertinente que sur les marchés concurrentiels, là où l'on peut identifier des concurrents potentiels et où l'administration pourrait être tentée de se comporter en acheteur non avisé.



Le traité TCE, d'ailleurs repris par celui de Lisbonne, et la jurisprudence de la CJCE⁸⁵⁶ garantissent en principe la neutralité du droit européen et la totale liberté de choix des États membres sur la question de savoir à qui confier, du secteur public ou privé, la fourniture des services publics ou d'intérêt général.

Mais cette liberté est de temps à autre mise en cause, soit par des initiatives de la Commission⁸⁵⁷, soit par l'interprétation extensive à laquelle elle se livre de la jurisprudence de la CJCE, celle-ci ne pouvant à partir d'une requête trancher toutes les questions que se posent les praticiens sur une nature de contrat⁸⁵⁸. Cette situation d'incertitude est susceptible de peser sur les possibilités de coopération entre collectivités, cette autre modalité de leur liberté d'organisation.

La liberté d'organisation des collectivités publiques n'est donc pas encore totalement assurée par le droit communautaire. Une manière de surmonter l'obstacle en ce qui concerne les EPCI serait, selon certains auteurs, que le droit communautaire reconnaisse, à l'image de ce qui est proposé pour le droit national (cf. 13.2.2.2), une « convention d'organisation interne » ou un « contrat de coadministration », permettant au contrat de jouer sa fonction de support de coopération entre collectivités publiques (cf. 7.4.2.1). Mais le droit communautaire ne connaît à l'heure actuelle pas d'autres contrats administratifs que les marchés publics, les concessions et, sans qu'ils soient dotés d'un régime juridique propre, les contrats de partenariat (cf. 7.4.1.2).

13.3.1.6. Rechercher la convergence des définitions et des terminologies

Ces débats ponctuels font clairement apparaître que l'articulation entre droit communautaire et droit national n'est pas encore complète et qu'il reste encore du chemin à parcourir des deux côtés pour y parvenir, en particulier au plan conceptuel.

- Le droit communautaire promeut, à la différence du droit administratif français, une conception particulièrement extensive de la notion de marchés publics de travaux. L'article 1^{er}, paragraphe 2, b), de la directive n°2004/18/CE du 31 mars 2004 les définit comme « *des marchés publics ayant pour objet soit*

856 - Voir notamment CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, affaire C-26/03, *AJDA*, 2005, p. 898, note F. Rolin et *AJDA*, 2005, p. 1113, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert. Selon cet arrêt « *une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services (...) dans un tel cas, il ne peut être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Ainsi il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics* ». Le droit communautaire, qui se refuse à connaître de l'organisation interne des personnes publiques, admet la même solution que celle découlant de la jurisprudence *Unipain*. Voir aussi sur ce point *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, 2002, p. 341 et suiv.

857 - Par exemple revient périodiquement, dans différents secteurs, l'idée prévalant aux États-Unis ou en Grande-Bretagne dans le cadre de la réforme de l'État (cf. 1.3.1), selon laquelle toute intervention publique devrait être subordonnée à la démonstration que le secteur privé n'est pas en mesure de rendre efficacement le service (concept de *Public sector comparator* en Grande-Bretagne).

858 - E. Fatôme et A. Ménéménis, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA*, 2006, p. 67 ; C. Pilone, « Réflexions autour de la notion de contrat "in house" », *Mélanges Guibal*, 2006, p. 701.



l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur». Le marché de fournitures ou de services y est pour sa part défini comme un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques ou pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services.

Sont ainsi susceptibles d'entrer dans la catégorie communautaire des marchés de travaux non seulement des marchés de réalisation de travaux ou d'un ouvrage (correspondant en droit national à la définition traditionnelle du code des marchés publics) mais aussi des marchés ou des contrats dont l'objet est de concevoir et de réaliser des travaux ou un ouvrage et qui relèvent, en droit interne, d'un régime ou d'une appellation spécifique dont on ne trouve pas nécessairement l'équivalent dans le droit communautaire⁸⁵⁹.

• La concession de travaux publics se différencie du marché public de travaux par l'octroi au concessionnaire soit du droit d'exploiter l'ouvrage en contrepartie de sa construction, soit de ce droit assorti d'un prix. Et le concessionnaire doit, selon la jurisprudence communautaire, supporter le risque de construction, d'exploitation et de fréquentation. La concession de service est quant à elle définie par différence avec le marché public de services. En effet, selon la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004, la concession de service présente des caractéristiques identiques à celles du marché de services à la différence que la contrepartie des travaux ou de la prestation de service consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix⁸⁶⁰. La qualification de concession de service implique un transfert du risque au cocontractant (CJCE, 26 avril 1994, affaire C-272/91, *Comm. CE c/ Rép. Italienne*: rec. CJCE, 1994, I, p. 1409⁸⁶¹). Cette jurisprudence (et la jurisprudence *Auroux c/ Commune de Roanne* précitée) fait écho, au-delà de la nuance dans les termes employés, à la définition légale de la DSP (cf. 1.2.2 et 7.3.1) et son raisonnement fait apparaître qu'entre « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation » et « risque économique de l'exploitation » auquel s'expose le gestionnaire il n'y a qu'une faible distance⁸⁶².

859 - J.-F. Brisson, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Imprimerie nationale, 2004.

860 - En présence d'un contrat mixte, associant de manière dissociable réalisation de travaux et prestation de services, la jurisprudence conduit à dissocier chacun des objets prévus au contrat.

861 - En l'espèce, un contrat relatif à l'organisation du loto passé entre l'État italien et une société privée n'a pas été qualifié de concession alors même que la rémunération de l'entreprise était constituée par un pourcentage des recettes, la Cour soulignant l'absence de transfert de risque. Dans ses conclusions sur l'affaire *Telaustria Verlags* de 2000, l'avocat général Fennelly a de même longuement souligné que la concession de service public se distinguait du marché par le fait que le concessionnaire supporte le risque économique principal ou substantiel. Pour lui la concession « consiste en la délégation d'un droit d'exploiter un service particulier ainsi qu'en un transfert simultané au concessionnaire d'une proportion significative du risque associé à ce transfert. »

862 - La doctrine est cependant divisée sur ce point. Dans l'affaire *Ville de Roanne*, 60 % du coût total de l'opération devait être couvert par des tiers, la ville payant sous forme de prix 40 % de ce coût. Comme la ville supportait le risque économique, le contrat a été qualifié de marché public de travaux.



• On mesure ici ce qui sépare encore droit communautaire et droit national : ni les fondements de la liberté contractuelle ni les définitions des principales catégories de contrats ne sont identiques ; et les typologies contractuelles restent encore assez éloignées, très restreintes du côté communautaire, étendues du côté français. Avec les deux directives du 31 mars 2004, le législateur communautaire n'a défini qu'une partie du champ contractuel public ; avec son projet de directive sur les concessions et sa communication sur le contrat de partenariat, la Commission a essayé, sans succès jusqu'ici, de combler ce vide. De ce fait la CJCE, eu égard au droit écrit incomplet dont elle dispose, incline à conférer à la notion de marché public une extension très large, seule cette dernière étant assortie d'une procédure précise. En sens inverse, la diversité du paysage contractuel dans le droit administratif français cadre mal avec la simplicité de la typologie communautaire.

Pour le Conseil d'État, il ne serait pas souhaitable que la catégorie des marchés publics en vienne à englober progressivement toutes les catégories de contrats administratifs autres que les concessions ou à en régir le régime juridique. Si la réglementation des marchés publics est parfaitement appropriée pour les achats standard, l'administration doit pouvoir conclure des contrats sur mesure ou globaux et pouvoir bénéficier des capacités d'innovation des entreprises. Insérer tous les contrats administratifs, autres que les concessions, dans la catégorie des marchés publics serait donc un appauvrissement important qui pourrait porter préjudice à l'intérêt général. Le dialogue des autorités et des juges nationaux doit donc se poursuivre avec les autres États membres et avec les autorités et le juge communautaires en vue de favoriser une meilleure convergence des définitions, des typologies et des régimes juridiques des contrats publics et de définir un mécanisme formalisé et approprié (cf. 13.3.1.3) permettant d'assurer, dans des délais brefs, un règlement aussi préventif que possible des incertitudes pendantes et, par conséquent, la sécurité juridique des contrats.

13.3.2. Clarifier le régime juridique des services d'intérêt général

Le dernier domaine où subsistent encore d'importantes incertitudes pour l'avenir du contrat est celui du régime juridique des services d'intérêt général (SIG), des services d'intérêt économique général (SIEG), des services sociaux d'intérêt général (SSIG), des services non économiques d'intérêt général (SNEIG) et des services semblables⁸⁶³.

863 - Se reporter en particulier au dossier spécial consacré aux SSIG par l'*AJDA*, de février 2008, p. 176 à 197.

Les SIEG sont mentionnés à l'article 16 du TCE⁸⁶⁴ et leur régime juridique est précisé à l'article 90.2 du TUE⁸⁶⁵. Quelques principes déterminent leur compatibilité avec les règles de concurrence : la neutralité en ce qui concerne la propriété privée ou publique des entreprises en application de l'article 295 du traité CE, la liberté des États membres quant à la définition des services d'intérêt général, la proportionnalité des restrictions apportées à la concurrence au regard des nécessités de l'accomplissement efficace de leurs missions.

Lors du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, les chefs d'État et de Gouvernement ont reconnu le rôle essentiel des SIG mais, en même temps, appelé à une libéralisation accélérée dans les secteurs tels que le gaz, l'électricité, les services postaux et les transports.

Après de difficiles négociations, l'article 2 de la directive n°2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur a exclu de son champ d'application les services d'intérêt général non économique, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas fournis en échange d'une contrepartie économique (comme par exemple les activités de l'État dans les domaines social, éducatif et culturel). Mais les services sociaux d'intérêt général, de santé surtout, sont largement considérés comme étant de nature économique (à l'exception des régimes de sécurité sociale obligatoires) et le risque de requalification s'élève d'autant plus que des opérateurs privés à but lucratif investissent ce domaine.

Plus récemment, le Conseil européen des 21 et 22 juin 2007 a adopté à leur sujet un protocole spécifique, annexé au traité de Lisbonne⁸⁶⁶, destiné à devenir partie intégrante du droit primaire de l'Union.

864 - « Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans la limite de leurs compétences respectives, et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leur mission. »

865 - « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ».

866 - « Les hautes parties contractantes, soulignant l'importance des services d'intérêt général, sont convenues des dispositions interprétatives ci après qui seront annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union :

Article premier : Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 du traité CE comprennent notamment :

- le rôle essentiel et la grande marge de manœuvre des autorités nationales, régionales et locales dans la fourniture, la mise en service et l'organisation des services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ;
- la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ;
- un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

Article 2 : Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres relative à la fourniture, à la mise en service et à l'organisation de services non économiques d'intérêt général. »



La Commission vient d'indiquer que, après l'adoption du traité de Lisbonne et de son protocole annexe sur les SIG, la directive-cadre sur les SIG n'était plus nécessaire, alors qu'elle était largement réclamée⁸⁶⁷ et que l'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne invite le Parlement et le Conseil à adopter un tel règlement pour les SIEG. La Commission a en revanche présenté le 20 novembre 2007 deux communications sur les SIG (« Les SIG, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement »⁸⁶⁸) et les SIEG, qui devraient être adoptées en 2008 (AJDA, 2007, p. 2173). Au total, malgré l'exclusion des services sociaux du champ de la directive services, malgré la jurisprudence *Altmark* qui permet de verser des subventions pour compenser les éventuelles obligations de service universel sans encourir la qualification d'aide d'État et malgré les termes de l'article 2 du protocole sur la liberté des États quant à l'organisation de services non économiques d'intérêt général, l'incertitude demeure sur la portée de cette liberté, notamment en ce qui concerne les SSIG⁸⁶⁹ et les services de santé⁸⁷⁰. Sans être hostiles au principe de transparence et à l'évaluation, beaucoup d'observateurs redoutent que cette liberté soit interprétée restrictivement⁸⁷¹ et que la promotion de la concurrence et du

867 - Par le Comité des régions, par le Comité économique et social, par le Parlement et par de très nombreuses organisations professionnelles.

868 - COM (2007) 725 du 20 novembre 2007. Elle fait suite à une précédente communication sur le même sujet COM (2006) 177 du 26 avril 2006.

869 - Le Parlement, déplorant l'incertitude juridique sur leur régime et les incohérences de la jurisprudence, avait souhaité en septembre 2006 qu'un texte spécifique, une directive sectorielle, vienne le clarifier (rapport 2006/2134 (INI)). En mars 2007, une nouvelle résolution législative du Parlement a invité la Commission à continuer de « clarifier les conditions de mise en œuvre de certaines règles communautaires applicables aux services sociaux » (L. Driguez et S. Rodrigues, « SSIG et droit communautaire, Entre spécificité et banalisation », AJDA, 2008, p. 191).

870 - La Commission semble persister à rattacher les services de santé à la problématique du marché intérieur et à la mobilité des patients tandis que la plupart des professionnels soulignent la parenté entre les SSIG et les services de santé. L'existence en France d'une législation propre au secteur médico-social plaide pour un traitement simultané et dans un même texte des SSIG et des services de santé, qui se recoupent assez largement.

871 - Si la Commission indiquait dans sa communication COM (2001) 598 du 17 octobre 2001 (point 30) que « conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, nombre d'activités exercées par des organismes dont les fonctions sont essentiellement sociales, qui ne réalisent pas de profits et n'ont pas pour objectif de pratiquer une activité industrielle ou commerciale, seront normalement exclues de l'application des règles communautaires relatives à la concurrence et au marché intérieur », elle affirme en sens inverse dans sa communication du 26 avril 2006 que « la quasi-totalité des services prestés dans le domaine social peuvent être considérés comme des activités économiques » au sens des articles 43 et 49 du traité CE ».



marché intérieur ne s'impose au détriment du service public⁸⁷². Ils maintiennent la nécessité d'une directive-cadre ou d'un acte de droit dérivé pour clarifier la situation⁸⁷³. Car en l'état actuel du droit communautaire, c'est la qualification de SSIG qui permet aux collectivités publiques de financer ces services, en particulier sous la forme d'une compensation des charges liées aux missions d'intérêt général, et non l'inverse⁸⁷⁴.

Or l'enjeu est capital pour des secteurs entiers comme le secteur médico-social ou pour les collectivités territoriales. Il suffirait en effet d'une interprétation erronée des textes ou de la jurisprudence communautaires pour faire basculer tout ou partie des SSIG dans le champ de la concurrence et du marché, pour les empêcher de bénéficier d'aides d'État ou de subventions des collectivités territoriales⁸⁷⁵, ou pour soumettre leurs contrats avec ces collectivités au code des marchés publics. Cette incertitude juridique devrait donc être levée au plus vite, en concertation avec les autorités européennes. La Commission a mis en place un site *Web* dédié aux réponses aux questions fréquemment posées sur les SSIG⁸⁷⁶. Mais cette réponse demeure insuffisante.

En définitive, si le droit des contrats administratifs a été entièrement appréhendé par le droit communautaire, les problèmes d'articulation entre droit national et droit communautaire restent nombreux et particulièrement délicats. Si le dialogue des juges peut contribuer à les résoudre, il n'y suffira pas. Il est indispensable que les pouvoirs publics œuvrent, avec ceux des États membres qui rencontrent des difficultés comparables, à compléter la typologie européenne

872 - La position de la Commission et la décision de la CJCE sur le logement social aux Pays-Bas, qui ont déclenché la rédaction à l'initiative du Premier ministre néerlandais Jan Peter Balkenende du protocole annexé au traité, ont laissé des traces. Deux arrêts de la CJCE tempèrent cette orientation générale : celui par lequel elle a jugé que les caisses d'assurance maladie du régime allemand de sécurité sociale ne pouvaient être regardées comme des entreprises, même en ce qui concerne leur activité consistant à déterminer des « montants fixes maximaux » applicables aux médicaments et dans la limite desquels les caisses prennent en charge le coût de ceux-ci (CJCE, 16 mars 2004, affaire C-264-01, *AOK Bundesverband ea*, *AJDA*, 2004, p. 1085, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert) et celui par lequel elle a jugé que le gestionnaire d'un système de santé ayant une activité purement sociale ne peut être considéré comme une entreprise, alors même qu'il serait un important acheteur de matériel sanitaire (CJCE, Grande chambre, 11 juillet 2006, affaire C-205-03, *Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitaria*, *AJDA*, 2006, p. 2281, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert).

873 - Le Conseil économique et social vient de se prononcer en ce sens dans un avis rendu public le 9 avril 2008. Il propose notamment d'harmoniser les différentes formes de mandatement actuellement utilisées, harmonisation qui pourrait être opérée par une « convention de services sociaux d'intérêt général ».

874 - L'insécurité juridique serait nettement moindre si le SSIG était défini non pas comme le fait la Commission par ses objectifs mais par la nature de l'opérateur ou par l'existence et la nature de son financement. Mais ce n'est pas la voie qu'a empruntée le droit communautaire (arrêt *Höfner et Elze* de 1991, arrêt *Pavlov* de 2000 et arrêt *Ambulanz Glöckner* de 2001). Voir sur cette question et la jurisprudence de la CJCE, P. Thieffry, « Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? » *AJDA*, 2007, p. 1331.

875 - Une des recommandations émises pour affermir ce type de versement consiste pour la collectivité publique à « mandater » le prestataire de service.

876 - Voir les documents SEC (2007) 1514 et 1516 du 20 novembre 2007. Le document SEC (2007) 1515 du 20 novembre 2007 détaille également le « paquet Altmark » et le régime des aides d'État pouvant être versées dans le cadre d'un mandatement par la puissance publique.



des contrats, actuellement insuffisante, ce qui ne passe pas nécessairement par des mesures normatives.

13.4. Renforcer la sécurité juridique du contrat

Davantage sécuriser le contrat représente une tâche difficile mais surmontable au prix d'une plus grande rigueur et discipline juridiques dans sa conception et son application. Le Conseil d'État l'estime plus que jamais nécessaire.

13.4.1. Appeler chaque chose par son nom : quelle terminologie ?

Le terme « contrat » ne recouvre plus seulement un acte comportant des engagements réciproques assortis d'une sanction juridique mais en est venu à désigner toute une série de réalités nouvelles, notamment dans l'ordre rhétorique et symbolique⁸⁷⁷.

On a même vu la dernière loi de programmation militaire (2003-2008) retenir la notion de « contrat opérationnel » entre le gestionnaire des forces et le commandement opérationnel, celle-ci se traduisant entre autres par des engagements de disponibilité des forces auprès des alliés européens et de l'OTAN.

Le terme « contrat » signifie aussi bien une norme juridique découlant d'un accord de volontés autonomes et portant sur des engagements, c'est-à-dire la loi des parties, que le mécanisme procédural mettant l'accent sur la concertation préalable et sur l'adhésion du signataire. Le « contrat » est devenu le symbole et le support de la négociation dans une société complexe pour déboucher sur une vérité relative, circonstancielle et provisoire. Au-delà de cette constatation, ce terme renvoie à une nouvelle forme de gouvernance de la société : les relations entre groupes y sont régies par la négociation permanente et débouchent sur un produit principal, l'accord. Le contrat social qui fondait chez Rousseau l'existence du politique et donnait naissance à la loi se réduit désormais à son sens littéral : il signifie bien l'acte de contracter, qui devient la forme idéalisée du lien social, mais aussi un acte parcellisé et omniprésent⁸⁷⁸.

Partenaires sociaux, Gouvernement, législateur et collectivités territoriales qualifient donc volontiers de contrat des phénomènes, des actes ou des comporte-

877 - Fr. Collart-Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, *Dalloz*, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99 et suiv.

878 - Certains auteurs (A.-S. Mescheriakoff notamment) rappellent la paternité proudhonienne de cette conception de la société démocratique, constituée par des accords constants entre citoyens producteurs qui partent du plus bas des relations sociales et irriguent jusqu'à ses niveaux les plus élevés (P.-J. Proudhon, *Du principe fédératif*, ch. VII, Paris, p. 1863). La « fédération » est « une convention par laquelle un ou plusieurs chefs de famille, une ou plusieurs communes, un ou plusieurs groupes de communes ou États, s'obligent réciproquement et également les uns envers les autres pour un ou plusieurs objets particuliers, dont la charge incombe spécialement alors et exclusivement aux délégués de la fédération (...) Dans le système fédératif, le contrat social est plus qu'une fiction ; c'est un pacte positif, effectif, qui a été formellement proposé, discuté, voté, adopté, et qui se modifie régulièrement à la volonté des contractants. Entre le contrat fédératif et celui de Rousseau et de 93, il y a toute la distance de la réalité à l'hypothèse ».



ments qui en revêtent les apparences sans en réunir les conditions juridiques. D'où une grande confusion sémantique (contrat, convention, pacte, charte, engagement, accord, contrat de partenariat, délégation de service public, promesse, compromis, transaction...) et juridique avec des risques de déception lorsque le contenu ne correspond pas à l'appellation. Si le discours contractuel connaît une grande vogue et débouche sur une inflation de « contrats », il revient en bout de chaîne au juge la tâche difficile de « recoller après-coup les bonnes étiquettes sur les flacons ». Ce dernier est donc bien placé pour appeler à une plus grande rigueur dans l'usage du terme et dans la qualification des actes.

Les exemples du contrat d'insertion du RMI (cf. 2.3.1) ou du PARE (2.3.2) militent pour que les concepteurs de nouveaux contrats, législateurs ou partenaires sociaux, soient plus rigoureux lorsqu'ils donnent à un acte juridique la qualification de contrat. On devrait pouvoir identifier facilement dans l'acte qui le crée les parties concernées et y trouver des précisions sur les conditions de négociation du contrat, son contenu, les engagements réciproques et les sanctions en cas de non-exécution des obligations respectives des parties.

Très logiquement, le Conseil d'État appelle régulièrement les concepteurs de ces nouveaux contrats à renoncer à appeler « contrat » ce qui n'en présente aucune des caractéristiques et à leur donner un autre nom. Mais il sait que son appel n'est pas toujours entendu, étant au cas présent particulièrement conscient de la charge affective et politique que véhicule de nos jours le terme « contrat ».

De ses analyses en effet, il a tiré la conviction que **l'abus du vocable « contrat »**, quand il ne serait pas le signe d'une manœuvre, **révèle une lacune dans le langage et même dans la pensée juridiques**. Conscient des insuffisances et des limites du « contrat », Léon Duguit estimait qu'il ne constituait qu'une espèce d'un genre plus large, la « convention » (cf. 7.1). Si cette distinction entre contrat et convention n'a jamais été consacrée par la doctrine et par la jurisprudence, elle conserve paradoxalement toute sa pertinence en droit administratif où l'on a recensé une grande variété de situations dans lesquelles, sans être dépourvus de toute valeur juridique, des actes ne méritent pas la qualification de contrat. Leur inventaire est large avec des gradations subtiles : faux contrats, contrats d'adhésion, engagements déséquilibrés, croisement d'engagements unilatéraux⁸⁷⁹... Même s'il est erroné de penser que la convention, sur un plan strictement juridique, engage aujourd'hui moins que le contrat, et que la distinction entre convention et contrat serait le remède magique au problème posé, reste le besoin d'introduire dans le droit positif et dans le langage juridique une gradation dans la valeur impérative de la norme conventionnelle⁸⁸⁰.

Le réalisme commande, dans la mesure où la démarche n'est pas aberrante, d'adapter la théorie juridique aux faits plutôt que de demander au législateur, au Gouvernement ou aux partenaires sociaux d'avouer que nombre de créations

879 - Selon G. Péquignot, une convention s'analyse comme le croisement de deux engagements unilatéraux, sans véritable échange de consentements.

880 - On retrouve d'ailleurs parfois dans la loi l'idée diffuse que certains contrats sont spéciaux. La loi de 2000 sur les marchés électriques, qui sépare les fonctions de production et de transport, institue un *protocole* entre EDF et le Réseau de transport d'électricité (RTE), destiné à assurer la concurrence. En 2004, le RTE devient une personne juridiquement distincte.



contractuelles ne sont que des apparences dépourvues de substance juridique. Le juge administratif ne peut pas se borner à n'attacher de prix qu'aux contrats passant avec succès le test de sa définition juridique traditionnelle, renvoyant tous les autres dans le néant juridique des contrats innommés ou innommables. Mais il ne peut pas non plus accepter de qualifier n'importe quel acte de contrat, dès lors qu'il y aurait eu une esquisse de négociation ou une vague promesse, c'est-à-dire entériner le tout contractuel au risque que la mauvaise monnaie, abondante, ne chasse définitivement la bonne.

Ce débat doctrinal de première importance, le Conseil d'État n'entend pas le trancher seul et dans la précipitation. Après avoir identifié le besoin, il ne peut à ce stade qu'en poser les termes et identifier les priorités et les urgences.

Sa proposition consiste à **réserver le terme de contrat aux actes multilatéraux qui répondent aux critères du contrat administratif et à réserver celui de convention à tous les autres, en précisant peu à peu leurs caractéristiques et leur régime juridique. C'est ainsi par exemple que la loi, la jurisprudence, le pouvoir réglementaire ou la pratique administrative pourraient, selon le cas, commencer par reconnaître ou définir une convention de programme (13.2.2.4) ou une convention d'objectifs et de moyens (13.2.2.2) dont la valeur juridique serait mieux cernée mais d'une nature différente de celle d'un contrat.**

En tenant compte des développements consacrés à la nécessité de conserver aux personnes publiques la plus grande liberté d'organisation hors marché (cf. 13.3.2), **le Conseil d'État estime possible et souhaitable de reconnaître à une personne publique la faculté de conclure avec elle-même des conventions et non pas des contrats** (cf. 13.2.2.2). Si cette possibilité existe en droit civil en cas de séparation des patrimoines, elle ne se heurte à aucun obstacle théorique en droit administratif et elle a pour elle des arguments forts, déjà mentionnés, relatifs à la complexité de l'organisation des personnes publiques et à l'autonomie budgétaire et fonctionnelle dont jouissent leurs services. Comme ces conventions ne portent pas sur une opération économique prenant place sur un marché, ne prévoient pas l'acquittement d'un prix en échange d'une prestation de service, elles ne devraient pas avoir pour effet de généraliser à toutes les administrations l'obligation de mise en concurrence, y compris pour atteindre des objectifs internes. Le risque de contradiction avec la jurisprudence communautaire (cf. 10.1.2.1.3 et 10.2.6) paraît donc très faible. Un tel dispositif pourrait néanmoins utilement être soumis pour avis à la Commission européenne.

De manière plus large, il revient à la doctrine de suggérer les catégories contractuelles et conventionnelles pertinentes, eu égard aux nécessités contemporaines de l'action publique et aux modifications intervenues dans l'élaboration de la norme juridique. **Les travaux entrepris en vue d'unifier le droit européen des contrats ont d'abord porté sur la terminologie et les principes fondamentaux** (cf. 10.1.1.2). Le désordre contractuel souvent relevé au sein du droit administratif français est lui aussi d'abord un désordre conceptuel et terminologique. **Penser la société du contrat suppose en amont des concepts et une terminologie claire et communément acceptée.** Ils restent à définir.



13.4.2. Mettre de l'ordre et de la clarté dans les contrats administratifs

Le droit des contrats publics a perdu de sa lisibilité au cours des quinze dernières années et il est devenu plus complexe. La liberté contractuelle reconnue aux collectivités territoriales, la double compétence législative et réglementaire pour déterminer le régime juridique des contrats administratifs, la dialectique subtile et pas encore stabilisée entre la triple jurisprudence constitutionnelle, communautaire et administrative⁸⁸¹ et la loi pour définir leur régime juridique, l'imagination fertile des opérateurs économiques⁸⁸², l'adéquation encore imparfaite entre droit européen et droit national, le flou de certains concepts et de certaines définitions⁸⁸³, l'accumulation de nouveaux contrats globaux ou de nouvelles règles spécifiques de source législative, la requalification éventuelle par le juge, national ou communautaire, de catégories entières de contrats⁸⁸⁴ font que le paysage contractuel est devenu foisonnant, fragmenté et instable⁸⁸⁵. Il comporte aussi en France des contrats « innommés », qui ne rentrent dans aucune catégorie juridique bien définie et affectent périodiquement la cohérence de l'édifice contractuel.

Le risque d'instabilité juridique qui en résulte est élevé et **il faut s'attendre à ce que le droit administratif des contrats continue à subir des chocs importants durant plusieurs années**. Notre histoire a sédimenté une variété de contrats plus riche que celle observée dans les autres pays européens ; nos définitions et nos classifications très fines des contrats ne suivent pas encore exactement les articulations retenues par le droit communautaire qui met l'accent sur le bon fonctionnement du marché et le respect de la concurrence dans la logique du marché intérieur ; l'interférence des enjeux politiques et économiques dans le

881 - La Convention européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu beaucoup d'impact sur la matière contractuelle mais cette situation pourrait ne pas durer. Depuis 2003 en effet, la Cour de cassation s'est prononcée sur la compatibilité de clauses d'un contrat de bail avec les articles 8 et 9 de la convention. Et la Cour européenne des droits de l'homme a rendu en 2004 un arrêt sur les méthodes d'interprétation du contrat, en l'occurrence un testament, écartant le recours la volonté des parties à la date de signature de l'acte au profit d'une interprétation dynamique à la lumière des valeurs actuelles. Et la situation pourrait changer radicalement avec l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH en application de l'article 6.2 du traité de Lisbonne.

882 - Si les aribus de J.-C. Decaux protègent efficacement les usagers des transports publics contre les intempéries, ils ont aussi involontairement déclenché un avis de tempête dans le droit des contrats administratifs. Sur la qualification de ces contrats, voir les avis de la Commission de la concurrence des 23 février 1978 (BOSP, 1^{er} avril 1978, p. 138) et 24 avril 1980 ; G. Dupuis, « Sur la concession de service public », D. 1978, chron. 222 ; l'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État du 14 octobre 1980, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 12, p. 149 ; CE, Ass., 4 novembre 2005, *Soc. Jean-Claude Decaux*, rec. p. 476 et 478, *RFDA*, 2005, p. 1083, concl. D. Casas, *AJDA*, 2006, p. 120, note A. Ménéménis.

883 - Par exemple, que recouvre exactement la notion de commande publique en France et d'opérateur économique en Europe ?

884 - *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public annuel du Conseil d'État, 2002, p. 302 et suiv.

885 - F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », *Contrats et marchés publics*, janvier 2005, p. 1 ; P. Delvolvé, « Les contrats publics dans le désordre », *RDC*, n° 3, 2006 ; G. Eckert, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats administratifs », *RFDA*, 2006, p. 238.



droit de la commande publique devrait également demeurer élevée (cf. 1.1.1)⁸⁸⁶ ; l'incidence du droit de la concurrence sur le droit de la commande publique n'a pas fini de produire tous ses effets ; l'obligation pour les collectivités publiques, selon la jurisprudence communautaire, de mettre un terme aux marchés publics ayant encore une longue durée d'exécution et conclus en violation du droit communautaire constitue autant de facteurs d'évolutions fortes pour l'avenir.

Si l'on admet que la Constitution réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux des obligations civiles et que le contrat tire sa force obligatoire de la loi (cf. 7.1.1), **la compétence du législateur pour créer de nouveaux contrats ou de nouvelles catégories de contrats n'est pas contestable. Mais la méthode qui prévaut depuis une quinzaine d'années** consistant à modifier par la loi la définition des contrats⁸⁸⁷, d'ajouter périodiquement de nouveaux contrats spéciaux soumis à des procédures particulières de passation, indépendants les uns des autres sans aucunement les raccrocher à des principes communs transversaux mais en réinventant à chaque fois des règles particulières **présente à la longue des dangers**. Imposer des procédures spécifiques, limiter à l'excès les conditions de recours à un contrat oblige à revoir les textes très rapidement après leur sortie et conduit les opérateurs à attendre de la jurisprudence les éclaircissements nécessaires. Cette entreprise répétée de spécification des contrats administratifs, contrat par contrat, ne favorise pas la sécurité juridique car le juge possède, de son côté, le pouvoir de soulever d'office la nullité des contrats et de les requalifier (cf. 7.3.2). En l'absence de principes et de règles communes ou aussi communes que possible, ces contrats ne pourront jamais être régularisés (cf. 13.5.1), en particulier si leur procédure de passation est singulière. L'incertitude juridique qui en résulte pour les opérateurs économiques, pour leurs assureurs et pour les personnes publiques est excessive et sans doute très coûteuse⁸⁸⁸.

Le Conseil d'État recommande donc au Gouvernement de changer de méthode et, pour introduire davantage de simplicité, de lisibilité et de sécurité dans notre droit des contrats, de remettre en chantier l'élaboration

886 - La décision du Conseil d'État déjà mentionnée du 27 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP* met en lumière le risque d'annulation potentielle d'un grand nombre de marchés publics si une règle de discrimination positive sans rapport avec l'objet du contrat était introduite en faveur des PME par exemple. Ce risque s'accroît fortement depuis l'ouverture aux concurrents évincés du recours en annulation du contrat.

887 - La loi du 29 janvier 1991 puis la loi n° 93-3 du 29 janvier 1993 ont été modifiées par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, en particulier quant à la définition de la DSP. Si cette loi justifie cette modification, dans son exposé des motifs, par un souci de sécurité juridique « *afin que les collectivités puissent connaître avec certitude les règles applicables à chacun des contrats qu'elles concluent* », force est de constater que cet objectif n'a été atteint qu'en partie (cf. 1.2.1) De même la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 (cf. 13.3.1.1) n'a pas opéré le choix le plus simple en organisant, à côté de la DSP, un régime juridique propre à la concession d'aménagement mais qui lui ressemble très étroitement.

888 - Il n'existe aucune donnée sur le nombre des contrats annulés ni sur la valeur qu'ils représentent. Aucune donnée n'est non plus disponible sur la manière dont les cocontractants s'arrangent pour solder les comptes des contrats annulés.



d'un code de la commande publique pour lequel il avait d'ailleurs sollicité du Parlement l'autorisation de légiférer par ordonnance⁸⁸⁹.

Ce code devrait au minimum rassembler dans un corpus unique l'ensemble des règles applicables aux contrats publics. Surtout, il devrait définir les grandes notions permettant de classer les différents types de contrats et de mieux les distinguer entre eux⁸⁹⁰, avant d'énoncer les principes applicables à la commande publique⁸⁹¹ et les règles communes de procédure⁸⁹² puis d'appliquer ces principes communs à toutes les variétés de contrats définies par leur objet⁸⁹³. Les nouveaux contrats seraient créés à partir de ce tronc commun, par adjonction ou dérogation. Cet ordonnancement, qui serait l'occasion de clarifier ce qui relève du domaine de la loi et du règlement, devrait être soumis au Parlement afin d'assurer une convergence de vues aussi large que possible entre le Gouvernement, éclairé par l'avis du Conseil d'État, et le législateur.

Ce travail, s'il était élargi à l'ensemble des contrats administratifs, fournirait l'occasion de dresser l'inventaire de toutes les variétés de contrats qui se sont sédimentées depuis le XVII^e siècle et de vérifier si elles restent nécessaires et compatibles avec les récentes exigences constitutionnelles et communautaires. Ces travaux devraient également fournir l'occasion d'une meilleure harmonisation des définitions entre droit national et droit communautaire.

L'Italie a retenu cette approche ambitieuse pour transposer la directive communautaire 2004/18 unifiant les règles applicables aux contrats publics de travaux, de fournitures et de services et elle a adopté un code des contrats par la loi

889 - Cette invitation avait déjà été formulée par un rapport d'octobre 1994 d'un groupe de travail de l'Assemblée nationale chargé de contribuer à une clarification des rapports de la politique et de l'argent et avait été reprise par le Conseil d'État dans son Rapport public 1995 (« La transparence et le secret », p. 148). La loi du 9 décembre 2004 habilitait le Gouvernement à élaborer un code de la commande publique dans un délai de 18 mois. Un communiqué du ministère de l'économie et des finances du 14 novembre 2005 a rendu publique la renonciation à l'élaboration de ce code. La suggestion d'élaborer un code de la commande publique est périodiquement reprise par la doctrine (voir en dernier lieu N. Symchowicz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2007, Étude n° 4).

890 - Par exemple, la frontière entre DSP et contrat de partenariat.

891 - Pour Y. Gaudemet (*Le partenariat public privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général*, Dalloz, 2007, p. 3084), les principes fondamentaux du contrat sont l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle, la force juridique du contrat, les conditions de sa formation et le régime des nullités. Les principes fondamentaux du contrat administratif sont les prérogatives spécifiques de la partie publique et le droit à l'équilibre financier, au nom du principe de continuité du service public. S'y rajoutent les principes communautaires relatifs à la commande publique.

892 - Il est par exemple regrettable que le projet de loi modifiant l'ordonnance de 2004 sur le contrat de partenariat public-privé contienne de très nombreuses règles de procédure (publicité etc.) qui ne seront applicables qu'à ce contrat. Il eut mieux valu définir d'abord des règles communes à tous les contrats administratifs et procéder ensuite par complément, si nécessaire.

893 - En ce sens voir Y. Gaudemet, « Libres propos sur le droit des contrats administratifs - La réforme de la commande publique et le partenariat public-privé », *CJEG*, janvier 2004, n° 605, p. 1 et A. Ménéménis, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêtés Decaux », *AJDA*, 2006, p. 120.



163/2006 du 23 mars 2006⁸⁹⁴. Ont ainsi été regroupées dans un même code les dispositions relatives aux secteurs ordinaires (directive 2004/18) et spéciaux (directive 2004/17 concernant l'énergie, l'eau, les transports et les services postaux), ou les réglementations des appels d'offres que ce soit pour des montants inférieurs ou supérieurs aux seuils communautaires. Ce texte de 257 articles a mis en cohérence les textes plus anciens avec les dernières directives européennes. Entré en vigueur (sauf exceptions) le 1^{er} juillet 2006, il est encore trop tôt pour apprécier son impact.

Il importe naturellement de déterminer le moment approprié pour entreprendre pareille tâche : on pourrait être tenté d'attendre l'aboutissement des travaux sur l'harmonisation des contrats en Europe et la clarification définitive du droit européen en la matière⁸⁹⁵. Il semble cependant au Conseil d'État que **les jurisprudences de la CJCE et du Conseil constitutionnel sont dès à présent suffisamment élaborées pour permettre de lancer ce chantier et que les risques d'insécurité juridique pesant sur certaines catégories de contrats administratifs sont désormais trop élevés pour se contenter d'une attitude purement passive**. Cette entreprise, incontestablement ambitieuse, suppose que l'État y consacre des moyens matériels et humains importants, mais elle n'est pas sans précédent : le code général des propriétés publiques résulte d'une entreprise comparable menée en concertation et avec le concours des grandes administrations et de la Commission supérieure de codification. Il y va aussi de l'attractivité économique de la France.

13.4.3. Améliorer en amont la robustesse des contrats

Le Conseil d'État, qui est consulté sur les projets d'actes unilatéraux, pourrait jouer un rôle utile s'il était consulté en amont par le Gouvernement, avec un délai suffisant, sur la mise au point des grandes familles de nouveaux contrats.

Si l'on se reporte par ailleurs à la jurisprudence de la section du contentieux au cours des dix dernières années, on s'aperçoit que **les contrats les plus fragiles sont ceux passés par les communes et leurs groupements et que les causes de nullité les plus fréquentes sont tirées de vices dans la procédure de passation de ces contrats**. Ce sont pour l'essentiel les suivantes : recours illégal à la procédure du marché négocié sans mise en concurrence, fractionnement artificiel de marchés pour éviter l'appel à la concurrence, insuffisance de la publicité ou de l'appel à la concurrence, absence de transmission au contrôle de légalité de la délibération autorisant la passation du marché avant sa signature, absence de communication au conseil municipal des éléments essentiels du contrat (objet, éléments financiers et identité de l'attributaire ; concessions réciproques en cas de transaction), marchés prévoyant sans autorisation des paiements différés, irrégularité dans la composition de la commission d'appel d'offres, attribution du marché en retenant un critère illégal ou non prévu dans

894 - M.C. Colombo, F. Ciro Rampulla, L. Pietro Tronconi, *I modelli dell'amministrazione nell'evoluzione dei caratteri funzionali dell'azione pubblica*, Maggioli, 2007, p. 77-85.

895 - À de nombreuses reprises, on a relevé des problèmes de compatibilité entre droit national et droit européen. Pour un exemple récent de ces problèmes, voir P.-Y. Monjal, « Quel avenir pour les marchés de définition au regard du droit communautaire ? », *AJDA*, 2007, p. 2293.



l'appel d'offres⁸⁹⁶, non-respect d'un délai raisonnable d'information des candidats évincés avant de signer le marché, incompétence du signataire du contrat... La plupart de ces irrégularités pourraient être facilement évitées. C'est donc sur ces points-là que les collectivités publiques intéressées et leur administration devraient surtout faire porter leur vigilance et leurs vérifications avant de signer leurs contrats.

Dans la même perspective, **le Gouvernement pourrait utilement organiser, au sein d'une administration à déterminer, un centre d'expertise chargé de concevoir les nouveaux types de contrat utiles à l'action administrative et d'apporter un appui à toutes les administrations de l'État qui le souhaiteraient pour la négociation et la sécurisation de leurs contrats.** Elle pourrait également être chargée de recueillir et de diffuser les bonnes pratiques en la matière, de mettre en réseau les expertises et compétences spécialisées et de proposer le contenu des formations juridiques et financières destinées aux agents des trois fonctions publiques dans ce domaine particulier (cf. 13.4.9).

13.4.4. Utiliser les différents contrats pour les usages auxquels ils sont destinés

Le Conseil d'État a souvent appelé l'attention du Gouvernement et des différentes administrations sur la discipline, qui leur incombe, de ne pas recourir au «contrat facilité», par exemple de manière injustifiée au contrat d'association pour exercer des missions de service public en s'affranchissant des règles du droit public.

Dans le même ordre d'idées, il convient d'utiliser chaque type de contrat dans le contexte et pour l'objet en vue duquel il a été prévu. Le marché d'entreprise de travaux public (METP)⁸⁹⁷, qui permettait le paiement différé, a ainsi fait l'objet, après sa définition jurisprudentielle en 1963, d'une utilisation détournée de son objet s'accompagnant d'un risque sérieux de perte de la maîtrise d'ouvrage par la personne publique⁸⁹⁸. Ayant beaucoup perdu de son intérêt après l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* de 1999, il est tombé en désuétude et n'a été incorporé ni au code des marchés publics de 2001 ni à celui de 2004, qui interdit les clauses de paiement différé⁸⁹⁹. Mais le législateur l'a rétabli dans le cadre des lois spécifiques qui ont permis de pallier les retards d'équipement dans certaines administrations (cf. note 633).

896 - Par exemple la taille de l'entreprise (CE, 13 mai 1987, *Soc. Wanner Isofi Isolation*, rec. p. 171) ou son caractère local (CE, 29 juillet 1994, *Commune de Ventenac-en-Minervois*, rec. p. 1035, D 1995, SC. 245, obs. P. Terneyre).

897 - Sur sa définition jurisprudentielle, qui emprunte à la concession son objet et au marché public son mode de rémunération, voir l'avis de la section des finances du Conseil d'État du 18 juin 1991 (*Les grands avis du Conseil d'État*, n° 24, p. 241) et 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat*, rec. p. 19, *AJDA*, 1999, p. 364, concl. D. Bergeal ; CE, 30 juin 1999, *Département de l'Orne et soc Gespace France*, rec. p. 227.

898 - Ce type de contrat associant conception et réalisation pouvait être considéré au regard de la récente jurisprudence du Conseil constitutionnel (cf. 10.1.2.2) comme apportant une dérogation injustifiée à la loi du 12 juillet 1985 sur la commande publique.

899 - Un autre décret du 7 janvier 2004 a en revanche admis le paiement différé pour les marchés de défense.



Dans cet esprit, le Conseil d'État insiste pour que le contrat de partenariat, malgré ses contraintes et ses exigences, ne fasse pas l'objet d'un détournement de son objet comme en son temps le METP. De ce point de vue, le projet de loi modifiant l'ordonnance de 2004 prévoit des dérogations qui pourraient être nuisibles à la pérennité de ce contrat si elles étaient utilisées de manière systématique, par exemple pour des travaux de faible montant pour lesquels il n'est pas approprié.

13.4.5. Assurer une publicité adéquate aux contrats susceptibles d'être attaqués par les concurrents évincés

La jurisprudence du Conseil d'État venant d'ouvrir aux concurrents évincés la faculté d'attaquer le contrat dans un délai de deux mois à compter « *de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi* » (cf. 9.4), la question de la publicité donnée à la conclusion de leurs contrats par les personnes publiques devient cruciale pour elles en termes de sécurité juridique⁹⁰⁰. Jusqu'où doit aller cette publicité et comment l'organiser ?

Les contrats administratifs étant des documents administratifs communicables au sens de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs, le Conseil d'État recommande d'organiser cette publicité en se conformant dans toute la mesure du possible aux principes contenus dans cette loi⁹⁰¹. Sont donc applicables aux contrats les règles de protection du secret commercial et industriel ou de secret de la défense nationale⁹⁰². Il lui semble toutefois que l'ouverture aux concurrents évincés d'une simple faculté d'obtenir communication ou copie du contrat par application de cette loi serait insuffisante pour faire courir de manière homogène à leur égard le délai de recours contre le contrat et pour répondre aux nouvelles exigences de la directive recours du 11 décembre 2007. Il convient donc de définir des modalités de publicité ou d'affichage et/ou de notification qui satisfassent à toutes ces contraintes.

900 - Elle l'est devenue depuis le 16 juillet 2007, date de lecture de l'arrêt *Tropic Travaux signalisation*. Le Conseil d'État a en effet décidé de n'appliquer sa nouvelle jurisprudence qu'aux contrats dont la procédure de passation a été engagée après le 16 juillet 2007.

901 - La loi, en son article 7, ne fait aucune distinction entre contrat et acte unilatéral en matière de communication de documents administratifs.

902 - Concernant les marchés publics, la loi de 1978 exclut la communication des documents préparatoires. La doctrine de la CADA est d'autoriser l'accès au contrat signé, hormis ses mentions relevant du secret industriel (comme les certifications) ou du secret des affaires (comme les coordonnées bancaires). L'acte d'engagement, reflétant le coût global du service et très souvent signé en même temps que le contrat, est également communicable (CE, 1990, *Centre hospitalier de Châteauroux*). La CADA se montre beaucoup plus restrictive, depuis peu, en matière de communication des données économiques relatives aux marchés et contrats : les offres non retenues ne sont plus communicables individuellement mais globalement et sans ordre de classement ; elle ne communique plus les détails de l'offre, notamment financiers, pour les marchés-cadres ou très concurrentiels comme la téléphonie ; en vertu d'une loi de 2005 transposant une directive européenne, les contrats liés à l'environnement bénéficient également d'une clause générale de secret industriel opposable ; les contrats de partenariat ne sont pratiquement pas communicables non plus au nom des exigences de protection du savoir-faire.

Dans l'état actuel du droit, les contrats ayant un effet *erga omnes* doivent déjà être publiés pour être opposables aux tiers⁹⁰³ (cf. 7.2.7). De plus, les décisions détachables de conclure le contrat font l'objet d'une publication par les collectivités territoriales. Des avis d'attribution, dont le contenu est normalisé, sont également rendus publics pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées en vertu de l'article 85 du code des marchés publics. Et les concurrents évincés doivent, en application de l'article 80 du même code, être avisés du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres et des motifs de ce rejet.

La directive du 11 décembre 2007 va imposer que cette notification aux concurrents évincés comporte mention de la décision d'attribution du marché accompagnée des motifs du choix du titulaire du marché; la conclusion du contrat devra être suspendue pendant un délai minimum de dix jours à compter de cette notification et laisser un délai de recours minimum de trente jours aux intéressés pour saisir un juge qui devra être en mesure d'annuler le contrat ou de modifier les spécifications qu'il prévoit.

Dans ce contexte, les collectivités publiques pourraient prendre l'initiative, dans un souci de sécurisation juridique, de notifier automatiquement et le plus rapidement possible les décisions de conclusion de leurs marchés aux entreprises évincées, étant entendu que si elles connaissent l'identité de celles qui ont participé formellement à une procédure elles ne peuvent toucher par cette voie celles qui n'auraient été que des candidates potentielles.

Il reste à préciser parallèlement ce que pourraient être les modalités précises de la publicité des avis d'attribution en termes de support approprié (publication au recueil des actes de la collectivité, affichage au siège de la collectivité, mention sur le site internet de la collectivité ou sur celui où la publicité préalable au contrat a été diffusée) et de contenu des informations à rendre publiques :

- publication, dans l'organe qui a assuré la publication de l'avis d'appel à la concurrence⁹⁰⁴ d'un avis spécifique comportant la mention des signataires du contrat, de la date de sa conclusion, de son objet, de sa durée et de son montant, avec l'indication du lieu où ce contrat peut être consulté (sous réserve du secret industriel)⁹⁰⁵;
- publication de l'acte d'engagement⁹⁰⁶, sous réserve des secrets protégés par la loi;
- mise en ligne du contrat sur un site internet, sous la même réserve.

903 - On pense aux contrats de droit privé comme la participation à la création d'une société ou d'une association mais aussi aux cahiers des charges des concessions...

904 - Donc au *JOUE* pour les marchés ou contrats visés par les directives communautaires.

905 - La jurisprudence admet la publication par référence (CE, 30 juillet 2003, *Société des agrégés de l'université*, rec. tp. 644).

906 - L'acte d'engagement est défini par l'article 11 du CMP comme « la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. Cet acte d'engagement est ensuite signé par le pouvoir adjudicateur ».



Les points régionaux d'accès aux documents administratifs (PRADA) pourraient localement aider à définir au cas par cas ce qui est consultable et ce qui ne l'est pas.

Compte tenu des difficultés d'application de la loi de 1978 en ce qui concerne le secret industriel, une intervention du législateur pour fixer des règles plus claires serait bienvenue. D'autres pays ont fait le choix de laisser les entreprises proposer elles-mêmes ce qui doit être couvert par le secret dans leurs contrats. Cette piste est également digne d'intérêt pour le législateur car plus réaliste et plus facile à mettre en œuvre.

13.4.6. Instaurer une discipline minimale en matière de contrats internationaux

Le développement rapide des contrats internationaux par l'État et par les collectivités territoriales (cf. 6) constitue aujourd'hui « un angle mort » du contrat administratif. On n'en connaît ni le nombre, ni la nature, ni l'objet, ni les auteurs, alors que leur développement pose des questions nouvelles, souvent très délicates : les limites pour les collectivités publiques à agir comme tout opérateur privé et la détermination des règles qui les régissent (loi applicable, capacité à compromettre, juridiction compétente...). L'État s'expose donc à des risques sans en être assez conscient.

Un travail spécifique d'inventaire est donc à conduire sur ce point. À l'issue de celui-ci, il conviendrait de formuler quelques recommandations quant à la liberté de choix du droit applicable par les collectivités publiques et quant au choix du juge compétent en cas de litige. Une étude particulière sur ce point pourrait utilement être commandée par le Gouvernement.

13.4.7. Assouplir les conditions de cession ou de reprise des contrats

Le caractère *intuitu personae* d'un certain nombre de contrats administratifs comme les conventions d'occupation du domaine public ou les conventions signées avec les institutions médico-sociales pour accueillir des bénéficiaires de l'aide sociale, fait que ces contrats sont incessibles⁹⁰⁷ ou ne sont cessibles qu'après accord préalable de l'administration⁹⁰⁸.

Dans un avis du 8 juin 2000 (*Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n°44, p.449), le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser les conditions de cession, sans mise en concurrence, des marchés publics et des délégations de service

907 - 20 janvier 1905, *Cie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres*, rec. p. 54, concl. Romieu pour une concession ; 1^{er} décembre 1982, *Commune d'Arcachon*, requête n° 27213 pour la cession d'une autorisation personnelle d'occupation du domaine public.

908 - Plusieurs spécialistes de ces contrats et notamment des DSP estiment que notre droit administratif favorise ainsi la création de conglomerats alors qu'au Royaume-Uni par exemple la facilité de transmission des contrats a donné naissance à de nouveaux entrants et à l'émergence d'un marché très ouvert mobilisant des sociétés d'ingénierie et de financement.



public. La doctrine en a repris la substance pour étendre la solution aux cessions d'autorisations d'occupation du domaine public⁹⁰⁹.

La gestion par l'ARCEP des autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques pose à cet égard une question délicate. Dans les pays comme le Royaume-Uni où les fréquences sont attribuées sur enchères, leur cession, acte purement économique, ne pose aucune difficulté. Dans un pays où leur attribution résulte d'une décision unilatérale reposant sur des critères⁹¹⁰ fixés dans un cahier des charges et des engagements pris par les opérateurs sur le respect futur de ces critères, son caractère *intuitu personae* rend la cession plus difficile à organiser.

Dans ce secteur mouvant, qui connaît des restructurations industrielles et financières, la Commission européenne souhaite promouvoir, dans le processus de révision du cadre réglementaire, une totale fluidité du marché des fréquences, incluant un véritable marché secondaire des autorisations. Ceci pose la question du maintien de la procédure de transfert des autorisations, qui crée un aléa difficilement compatible avec un mécanisme de marché, et des critères applicables à ce transfert. Si certaines fréquences font l'objet de cessions, qui ont toujours été acceptées, celles-ci sont très encadrées au plan juridique, de peur d'encourager des comportements spéculatifs.

Les autorités administratives tiennent à vérifier les capacités techniques et financières du cessionnaire, de même que son aptitude à respecter les engagements pris par le bénéficiaire initial de l'autorisation (égalité d'accès des usagers, aménagement du territoire...). Sans aller jusqu'à supprimer l'agrément du cessionnaire, une amélioration consisterait à préciser systématiquement dans l'autorisation initiale les conditions de sa cession éventuelle, de manière à atténuer fortement l'aléa. L'idéal serait de n'y prévoir que des conditions objectives et d'inverser la procédure : si le cessionnaire s'engageait à reprendre intégralement les éléments de l'autorisation initiale, la cession serait de droit avec seulement une faculté d'opposition de l'ARCEP dans un délai court.

13.4.8. Une meilleure articulation du contrat avec la loi

Sans prétendre épuiser le sujet, les propositions qui suivent se bornent à faire écho aux préoccupations évoquées dans ce rapport, principalement en droit social.

13.4.8.1. Comblent les lacunes du système conventionnel en matière médicale

Les annulations répétées des conventions médicales font apparaître deux lacunes du système conventionnel.

909 - J. Duffau, « La cession des autorisations d'occupation du domaine public », JCP A 2006, 1102, cité in *Thibault Soleilhac*, « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA*, 2007, 2178. Voir aussi François Brenet, « La patrimonialisation des autorisations administratives, réalités et implications », *Dr. Adm.* n° 8-9, 2007.15. Et sur la cession d'une autorisation de gérer un établissement médico-social, CE, 13 juillet 2007, *Département de l'Yonne*, requête n° 294099, *AJDA*, 2008.257.

910 - Ceux-ci comprennent en général des critères financiers, techniques, d'aménagement du territoire (la couverture des zones blanches) et de respect de la concurrence.



En matière de santé publique et de sécurité sociale, la loi détermine les principes fondamentaux de la sécurité sociale⁹¹¹. Si l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale a été modifié à plusieurs reprises pour prendre acte de l'extension progressive du champ de la négociation à l'initiative des parties (cf. 2.2.1), des sujets importants pour l'intérêt général et l'accès aux soins comme les règles présidant à l'implantation territoriale des médecins ou l'organisation des gardes ou de la permanence des soins sont actuellement laissées à l'aléa de la négociation contractuelle et du bon vouloir des organisations professionnelles. Il serait donc hautement souhaitable que la loi vienne compléter en ce sens le contenu obligatoire de la convention médicale.

Le système conventionnel comporte par ailleurs un risque de vide juridique en cas d'annulation de la convention⁹¹² et le choix entre la validation législative de la convention annulée⁹¹³, l'ouverture d'une nouvelle négociation et la fixation par arrêté interministériel du tarif d'autorité place l'État en situation de faiblesse structurelle face aux intérêts professionnels sur la plupart des sujets couverts par la convention⁹¹⁴. La loi du 13 août 2004 a introduit un mécanisme nouveau de règlement arbitral (article L. 162-14-2 du code) : la convention en cours continue à s'appliquer, tandis qu'un arbitre arrête un projet de convention dans le respect du cadre financier pluriannuel des dépenses de santé, qui est ensuite approuvé par les ministres sous forme de règlement arbitral. Comme dans toutes les matières où la loi délègue au contrat la fixation de règles de fond, le Conseil d'État recommande plutôt de prévoir, en cas d'échec de la négociation, l'intervention d'un arrêté ministériel ou interministériel, ou encore d'un décret en Conseil d'État afin que soient traités tous les aspects normalement couverts par la convention.

13.4.8.2. Prévoir une solution de repli en cas d'absence de conclusion d'une convention

S'en remettre purement et simplement au contrat pour élaborer la loi ou l'appliquer (cf. 8.1 et 8.2) peut s'avérer dangereux et laisser les pouvoirs publics démunis alors qu'ils ont, en certaines circonstances, l'obligation d'agir. D'une part, la négociation peut ne pas aboutir ou traîner en longueur, d'autre part le contrat négocié peut être après coup jugé nul et laisser place à un vide juridique.

911 - CE, Ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, rec. p. 479, RDP, p. 1962, 739, concl. Braibant ; CC, décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, rec. p. 33, considérant 20 ; avis de la section sociale n° 337498, avril 1985 (EDCE n° 37, p. 185-186) ; CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndic des médecins de l'Ain et autres*, rec. p. 277.

912 - Une situation analogue, l'annulation de l'agrément des accords relatifs au régime d'assurance chômage, a conduit le Conseil d'État à moduler dans le temps les effets des annulations prononcées pour excès de pouvoir (CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC*, Recueil Lebon, p. 197 avec concl. C. Devys).

913 - La loi n° 75-603 du 10 juillet 1975 a validé la convention de 1971 annulée par le Conseil d'État le 19 février 1975.

914 - Il a existé entre 1996 (ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996) et août 2004 une possibilité pour le Gouvernement de recourir à un arrêté interministériel pour édicter un règlement conventionnel minimal en l'absence de convention nationale mais l'article L. 162-5-9 du code de la sécurité sociale qui le prévoyait a été abrogé par la loi du 13 août 2004.

Le Conseil d'État préconise donc que tout renvoi par la loi à la négociation d'un contrat s'accompagne de la définition d'une voie de recours en cas d'échec ou d'impasse de la négociation. Le décret en Conseil d'État lui semble la formule présentant les meilleures garanties pour les différents intérêts en présence. L'article L. 351-8 du code du travail le prévoit d'ailleurs en cas d'absence d'accord entre partenaires sociaux ou d'agrément de la convention relative à l'assurance chômage.

13.4.8.3. Améliorer la lisibilité du droit du travail

Les conditions à réunir pour atteindre cet objectif fréquemment mis en exergue méritent d'être précisées. Car il ne faut pas attendre *a priori* du développement du contrat qu'il rende le droit du travail plus lisible : les accords collectifs ne sont pas toujours rédigés d'une manière qui prévienne à coup sûr les différences d'interprétation. Même si tout le soin possible doit être apporté à leur rédaction, à leur précision et à leur actualisation, leur mérite se situe ailleurs.

La lisibilité de la norme résultant de la combinaison entre la loi et la convention collective pour toute situation donnée demeure aussi un objectif à poursuivre avec détermination. De ce point de vue, l'évolution amorcée par l'ordonnance du 16 janvier 1982 et accentuée par **la loi du 4 mai 2004 présente de sérieux inconvénients quant à l'accessibilité et à la clarté de la norme juridique applicable**. La négociation interprofessionnelle est devenue, sauf volonté expresse des parties, supplétive par rapport à l'accord de branche et la négociation de branche supplétive par rapport à l'accord d'entreprise. Chaque niveau de négociation étant rendu autonome, le bon fonctionnement du système supposerait que tous les négociateurs d'accords d'entreprise aient en permanence présentes à l'esprit les stipulations de l'accord de branche pour déterminer à tout moment leur degré d'autonomie⁹¹⁵, ce qui n'est pas le cas (cf. 13.4.9). Comme un accord d'entreprise peut depuis 1982 déroger à un accord de branche sur certains sujets et comme la loi de 2004 autorise les accords d'entreprise à déroger à l'accord de branche dès lors que ce dernier ne l'interdit pas expressément, il est devenu quasiment impossible aux partenaires sociaux, et plus encore aux salariés⁹¹⁶, de déterminer avec certitude la norme de droit du travail applicable, surtout si l'on veut bien se rappeler qu'interfère en outre dans ce débat la notion, éminemment complexe en droit du travail, d'ordre public social⁹¹⁷.

Si le Conseil constitutionnel, se référant à la position commune des partenaires sociaux de 2001 (cf. 8.3), a considéré que ce dispositif ne méconnaissait pas les

915 - J.-D. Combrexelle, « Loi du 4 mai 2004 : quel bilan ? Quelles perspectives ? », *Dr. Soc.*, janvier 2008, p. 21.

916 - La mention de la convention collective applicable sur la feuille de paie du salarié n'a, dans ces conditions, plus aucun sens ni aucune portée et ne le renseigne plus utilement sur le droit qui lui est applicable. De même l'obligation faite à l'employeur par l'article L. 135-7 du code du travail de remettre aux salariés les conventions et accords qui lui sont applicables ne peut plus être respectée lorsque les employeurs deviennent eux-mêmes incapables de déterminer les accords applicables.

917 - Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il revient au législateur de préciser ce qui relève de l'ordre public social et donc l'objet et les conditions des dérogations qu'il est possible de lui apporter par accord collectif (décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, rec. p. 91, considérant 8).



exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi malgré la complexité accrue de l'articulation entre les différents accords collectifs⁹¹⁸, le Conseil d'État croit devoir souligner la **contradiction potentielle à terme entre la volonté de donner plus de place à la négociation et à l'accord collectif en lieu et place de la loi et celle de généraliser les possibilités de dérogation conventionnelle à tous les niveaux de la négociation**. La poursuite, en parallèle, de ces deux évolutions ne manquerait pas de se traduire par une grande insécurité juridique, dont les premiers effets peuvent déjà être observés, et risquerait de conduire à une impasse : celle de la complexité et de l'illisibilité du droit du travail.

Pour rétablir sur ce point l'attractivité du territoire et dans un souci de clarté de la règle de droit pour les employeurs comme pour les salariés, **le Conseil d'État suggère d'inviter les partenaires sociaux à mieux encadrer les possibilités de dérogation conventionnelle en rétablissant la règle selon laquelle un accord ne peut déroger à un accord de niveau supérieur que si ce dernier a expressément prévu cette possibilité**. Dans ce même souci de lisibilité de la règle de droit, il convient de se demander si cette faculté de dérogation est justifiée à tous les niveaux de négociation. S'il ne fait aucun doute qu'elle l'est au niveau de l'entreprise ou du groupe, qui doit rester assimilé sur ce point à l'entreprise, elle est probablement moins nécessaire aux niveaux de l'interprofession et de la branche. On pourrait donc en outre envisager qu'elle soit réservée à l'accord d'entreprise, ce qui contribuerait à rétablir la lisibilité du droit du travail.

13.4.8.4. Ne pas attribuer de domaine législatif propre aux partenaires sociaux mais assurer le plein respect de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007

Considérant que la Constitution confère à la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, le Conseil d'État n'est pas favorable à ce qu'un domaine propre soit réservé aux partenaires sociaux dans lequel ils disposeraient de l'initiative et de la maîtrise de la règle de droit. L'expérience montre d'ailleurs que la détermination d'un tel champ, à la supposer possible, serait provisoire, insatisfaisante et inopérante. Car, s'il existe des sujets consensuels comme la formation professionnelle où les oppositions d'intérêt sont faibles et la probabilité d'accord élevée, il existe aussi de nombreux domaines peu propices à la négociation en raison de leur complexité⁹¹⁹ ou des oppositions irréductibles d'intérêt : les négociations n'ayant que peu de chances d'aboutir, déléguer le pouvoir de légiférer aux partenaires sociaux n'y aurait guère de sens. Par ailleurs, les conflits sociaux, l'actualité ou l'urgence se chargeraient de rendre rapidement caduque toute répartition rigide des matières.

918 - Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 1994, considérant 14.

919 - La fixation de la durée légale du travail, qui doit être distinguée de son aménagement, constitue sans doute un domaine où il demeure plus simple et plus efficace de légiférer que de renvoyer à la négociation collective. La fixation de cette durée, qui constitue le point de départ du déclenchement des heures supplémentaires, gagne-t-elle véritablement à être fixée par la négociation, sauf en complexité, en illisibilité et en augmentation du coût de gestion pour les entreprises ? De même, la question du repos dominical ou du travail le dimanche ne devrait pas être totalement renvoyée à la négociation : la société a besoin de principes fondamentaux, d'un *imperium* qui cadre les négociations.



L'expérience italienne confirme le bien-fondé de cette appréhension. La loi du 29 mars 1983 y avait organisé dans le domaine de l'emploi une séparation entre les règles relevant de la loi et celles nécessitant un accord de type contractuel avec les syndicats. Près de quinze ans plus tard, cette loi-cadre apparaît à certains comme un « *mero canovaccio* », c'est-à-dire un simple canevas à partir duquel les acteurs ont tenté une « *invasione di campo* », c'est-à-dire une incursion dans l'autre camp⁹²⁰, législatif ou contractuel. Une instabilité normative en est résultée, le Parlement et, sur habilitation, l'administration empiétant sur des aspects du droit du travail réservés théoriquement à la négociation, tandis que les syndicats ont exigé une négociation dans des matières pourtant clairement attribuées au domaine unilatéral.

Le Parlement français doit naturellement, après avoir fixé ce qui relève des principes fondamentaux, conserver sur tout sujet la possibilité de renvoyer à une négociation des partenaires sociaux et le Conseil d'État ne voit que des avantages à promouvoir, lorsque cela est possible et comme y invite la loi du 31 janvier 2007, la norme sociale négociée comme source de la loi, comme viennent de le faire l'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail et la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, ou la convention comme modalité d'application de la loi se substituant au règlement.

La focalisation du débat depuis 2000 sur la répartition du champ normatif entre législateur et partenaires sociaux a en outre eu pour effet de détourner l'attention d'autres questions très importantes comme celles de l'application et de l'administration par les partenaires sociaux eux-mêmes de la norme négociée postérieurement à son adoption. Elle a fait oublier que l'essentiel de la vie pratique consiste, notamment pour les branches et les entreprises, à appliquer et à administrer cette norme. Les questions de maintenance et d'interprétation de la norme négociée – dont on a souligné l'insuffisante qualité – de réécriture ou de dénonciation des conventions ayant mal vieilli ou étant devenues incompatibles avec une loi ou une jurisprudence nouvelles⁹²¹, de la conciliation et de l'arbitrage en droit du travail⁹²² requièrent aux yeux du Conseil d'État une attention plus grande que la controverse sur la question de savoir qui, du législateur ou des partenaires sociaux, doit fixer le temps de travail.

En revanche, il fallait impérativement que les règles du jeu soient précisées quant à la place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes concernant le droit du travail. L'un des bénéfices que l'on peut attendre de **la loi du**

920 - Lucio Franzese, *Il contratto oltre privato e pubblico : contributi della teoria generale per un ritorno ad un diritto unitario*, CEDAM, 1998, p. 157.

921 - Sur ce point aussi, le rapport de Virville fait une proposition intéressante (proposition n° 44) pour gérer les transitions : les partenaires sociaux auraient une durée de deux ans pour tirer les conséquences des modifications législatives et adapter l'édifice conventionnel.

922 - L'encombrement anormal des tribunaux des prud'hommes renvoie à un double problème : celui de l'application insuffisante de la norme par les employeurs, PME surtout, qui peuvent invoquer des circonstances atténuantes, et celui de la complexité du droit unilatéral et négocié. Ils sont de nature différente et appelleraient des développements plus fins, qui échappent au champ de ce rapport.



31 janvier 2007 est de freiner la profusion normative qui caractérise un pays où il est de tradition, dans toutes les familles politiques, d'alterner éloge du dialogue social et marginalisation de celui-ci.

Cette loi sur le dialogue social paraît ainsi en l'état suffisante au Conseil d'État. Il s'agit maintenant de l'appliquer de bonne foi, en particulier pour ce qui concerne la gestion de l'agenda partagé des réformes et la définition de leur champ. Si cette loi ne comporte pas de sanction apparente pour le Gouvernement, ce dernier s'est interdit de légiférer sur les sujets dont les partenaires sociaux se sont emparés. Par ailleurs, le Conseil d'État, qui s'est attaché dans ses formations consultatives à en donner une interprétation conforme à la volonté du législateur⁹²³, ne manquerait pas de procéder à la disjonction de tout article de projet de loi qui en méconnaîtrait les dispositions. De même, le Conseil d'État statuant au contentieux pourrait être conduit à apprécier si une réforme faite par la voie réglementaire a été précédée de la procédure prévue par la loi.

Ce n'est que si cette loi n'était pas respectée que la proposition d'édicter une loi organique en application du dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution devrait faire l'objet d'un examen approfondi, portant notamment sur les modalités envisageables pour que les rigidités susceptibles d'en résulter pour le Gouvernement ne soient pas excessives.

13.4.9. Renforcer la connaissance du phénomène contractuel, l'expertise contractuelle et la formation à la négociation au sein des collectivités publiques

Ainsi que cela a été souligné à de nombreuses reprises, la connaissance du phénomène contractuel reste lacunaire au sein des collectivités publiques et des administrations. Si des efforts notables ont été faits en matière de marchés publics et de fonction publique grâce à la mise en place d'observatoires spécialisés, ils demeurent insuffisants : aucun appareil statistique ne permet de présenter la moindre vue d'ensemble sur les contrats administratifs. Leur nombre, leur nature, leur objet, leurs caractéristiques principales, leur durée, leur incidence économique... restent pour l'essentiel inconnus. Il est donc primordial que les collectivités publiques se dotent des outils de recensement, d'analyse et de suivi de leurs contrats. Une harmonisation de ces outils serait hautement souhaitable de manière à pouvoir consolider toutes ces données.

Négocier et contrôler l'exécution de contrats suppose aussi une expertise qui est encore trop peu répandue dans l'administration.

La formation initiale et permanente des fonctionnaires, notamment des acheteurs publics, réserve une place trop faible à la négociation des contrats, à leur exécution

923 - Voir sur ce point le rapport d'activité 2007 de la section sociale.



et à leur surveillance⁹²⁴. Tandis que les interlocuteurs des administrations se sont considérablement renforcés à la faveur des concentrations d'entreprises intervenues depuis les années 1970 et maîtrisent parfaitement les techniques d'une négociation qu'ils abordent le plus souvent avec l'appui de conseils juridiques et financiers de premier ordre, les administrations n'ont guère gagné en expertise, alors même que la matière contractuelle gagnait en complexité. Les conditions de passation des contrats de partenariat (cf. 1.2.3 et 7.2.2) illustrent à elles seules la difficulté de ces négociations et les conséquences dans la longue durée d'une mauvaise négociation initiale.

Cette question se pose avec plus d'acuité encore pour les collectivités territoriales. Comment une collectivité qui se dessaisirait de ses compétences internes serait-elle à même d'apprécier de manière éclairée les compétences attestées par ses fournisseurs⁹²⁵? La formation à la démarche de l'évaluation représente donc l'un des enjeux majeurs pour basculer sans risque dans une logique de « faire faire » qui ne soit pas synonyme d'une dépossession complète du savoir-faire. L'Association des maires de France et la Fédération nationale des collectivités concédantes et des régies ont édité des guides et mis des experts indépendants à la disposition des élus dans le cadre de l'initiative Service public 2000 mais cette mesure, pour heureuse qu'elle soit, n'épuise pas le sujet.

Les concours d'attaché territorial et d'entrée dans les IRA ainsi que la formation dispensée dans ces derniers devraient donc comporter une formation plus solide à la commande publique et à la négociation contractuelle. Il en va de même pour la formation au règlement amiable des litiges, à la transaction et à la mise au point des outils d'appui nécessaires (guides de la transaction, etc.).

On ne comprendrait pas l'approche communautaire du contrat sans prendre en considération cette donnée simple : **le contrat est considéré partout comme plus structurant pour l'activité économique que l'acte unilatéral**⁹²⁶.

En résumé, pour négocier, contrôler l'exécution des contrats administratifs ou transiger, il faut des experts techniques et juridiques dont les administrations ne disposent guère et pour lesquels elles ne peuvent pas totalement s'en remettre à des prestations externes. Et pour juger, il faut aussi des magistrats avisés, conscients des enjeux économiques de leurs décisions.

La portée de cette recommandation ne se limite pas à l'administration. Car si l'État et les partenaires sociaux veulent encourager le développement du contrat dans toutes les sphères de la société, ils doivent veiller à ce que ceci soit le fait

924 - Les spécialistes (politologues et sociologues) qui se sont penchés sur le phénomène de contractualisation de l'action publique depuis 1970 font observer que les porteurs de cette expertise contractuelle, liée au montage de projets associant plusieurs acteurs, étaient souvent des agents contractuels, dont la carrière très instable les conduisait à circuler d'une collectivité à l'autre selon les aléas des projets et de la contractualisation. Formant entre eux des réseaux de spécialistes en interface directe avec les élus locaux, maires surtout, il n'est guère étonnant que cette expertise n'ait pas été appropriée par les fonctionnaires.

925 - « Partenariats public-privé et actions locales », *Les Cahiers du Plan*, n° 9, p. 73.

926 - Le nombre significatif d'accords-cadres signés dans les entreprises multinationales en vue de se doter d'instances de représentation des salariés et donc de dialogue social témoigne aussi du dynamisme et du rôle structurant du contrat au plan international.



de partenaires, non seulement représentatifs mais encore formés à la négociation. Les choix à cet égard ne sont pas toujours entièrement cohérents. La loi du 4 mai 2004 a donné une plus grande importance à la négociation d'entreprise. Mais les experts de la négociation sociale étaient principalement localisés dans les branches et l'interprofession. Si dans certaines entreprises, les représentants syndicaux possèdent une solide formation, beaucoup de délégués se sont retrouvés en première ligne d'une négociation d'entreprise qui avait changé de nature et d'étendue (cf. 2.1.3), sans avoir été formés à cet effet. Ce mouvement ne s'étant pas accompagné des efforts de formation correspondants, une certaine dégradation de la qualité de la norme a pu en résulter.

13.5. Sécuriser les contrats en cas de contentieux

Compte tenu du rôle éminent joué par le juge administratif en la matière, sa contribution au renforcement de la sécurité juridique des contrats apparaît primordiale. Les attentes à son égard et à l'égard des autres juges du contrat sont à la fois grandes et ambivalentes : leur jurisprudence est à la fois souhaitée⁹²⁷, car elle apporte de la sécurité juridique, et redoutée.

13.5.1. Préciser les conditions de mise en œuvre de la jurisprudence *Tropic Travaux signalisation*

Cette nouvelle jurisprudence appelle des précisions sur un nombre élevé de questions⁹²⁸, en particulier quant à l'office du juge du contrat eu égard à l'étendue des pouvoirs qui lui sont désormais reconnus. L'arrêt ouvre en effet la possibilité pour ce juge, saisi par un concurrent évincé, « après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ».

L'arrêt d'Assemblée reconnaît donc au juge du contrat, qui est un juge de plein contentieux, de larges pouvoirs afin de ne déboucher sur l'annulation totale du contrat que dans des circonstances rares, comme la méconnaissance grave de la directive « recours » du 11 décembre 2007, ainsi que l'évoquait le commissaire du gouvernement. La réfection du contrat ouvre à cet égard une piste

927 - Le succès limité du contrat de partenariat (cf. 1.2.3) découle aussi pour certains de l'absence de jurisprudence nationale et européenne sur le sujet. Un Livre vert a été publié en avril 2004 par la Commission pour poser les bases d'une éventuelle intervention communautaire en vue de clarifier les conditions juridiques et de garantir une concurrence effective dans le recours à ce nouveau type de contrat. Ses suites sont encore attendues.

928 - Elles portent par exemple sur la notion de concurrents évincés (quelle définition précise et quelle limite à cette notion ?) ou sur les types de contrats concernés. Ces précisions ne pourront naturellement être données que si les affaires soumises au juge administratif lui permettent de se prononcer sur ces questions.



intéressante⁹²⁹, développée ci-après⁹³⁰, pour renforcer la sécurité juridique. La réserve de l'intérêt général constitue de même une invitation claire à poursuivre autant que possible l'exécution du contrat, conformément à la nature spécifique du contrat administratif, et un signal fort de désincitation aux ententes ou aux désistements négociés à la suite de recours purement opportunistes de concurrents évincés.

- Le juge administratif n'a jamais opposé jusqu'ici en matière contractuelle au signataire public la règle *nemo auditur*. Or il est fréquent que des communes se prévalent après coup de l'incompétence du maire pour signer un contrat faute d'habilitation régulière par son conseil ou de l'irrégularité de la procédure de passation. Ou encore de la non-transmission de la délibération du conseil au préfet avant la signature du contrat. Cette nullité peut être invoquée pendant trente ans.⁹³¹ Le juge, qui même en l'absence de conclusions en ce sens doit soulever d'office la nullité du contrat lorsqu'elle ressort du dossier, ne pourrait-il, dans de telles situations, limiter les effets de l'inopposabilité qu'il aurait constatée ou en aménager les conséquences en tenant compte du degré de bonne ou mauvaise foi des parties ?

- Du fait des interrogations existant sur la portée des règles communautaires, des règles de procédure de plus en plus spécifiques applicables aux différentes catégories de contrats, des incertitudes et fluctuations dans les définitions jurisprudentielles des différentes catégories de contrats, des pouvoirs de requalification et d'annulation d'office par le juge des contrats entachés de nullité, comment éviter de multiplier des annulations en série mettant en échec la sécurité juridique et en difficulté les opérateurs économiques ? Il est donc souhaitable que soient précisées aussi vite que possible les voies à suivre pour purger les contrats de leur illégalité et, après réfection, en autoriser la poursuite. La question est cruciale pour les contrats dont la nullité est relevée d'office et dont on ignore le nombre. La jurisprudence française devra tenir compte sur ce point de la jurisprudence de la CJCE, qui invite les collectivités publiques à mettre un terme aux marchés publics conclus en violation du droit communautaire de la concurrence, lorsque leur durée restant à courir est importante.

Les contrats de partenariat poseront sans doute aussi le problème : si l'un d'eux devait être requalifié en DSP, il serait raisonnable que le contrat puisse continuer à être exécuté comme s'il avait été conclu selon les modalités procédurales

929 - Cette faculté, qui n'est pas nouvelle, est rarement mise en œuvre par le juge lui-même. Ce dernier invite en revanche l'administration, lorsqu'elle doit tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable du contrat (cf. 9.4), à examiner si cette régularisation pour l'avenir, après renégociation, est possible (section du rapport et des études, avis du 1^{er} octobre 1997, *AJDA*, 1998, p. 169).

930 - Elle doit être rapprochée des évolutions récentes de la jurisprudence en matière d'excès de pouvoir : le juge administratif se considère de moins en moins comme un censeur de l'acte et recourt de plus en plus à la technique de la réfection de l'acte pour le purger de ses illégalités. De manière convergente, les principes du droit européen du contrat reconnaissent au juge du contrat le pouvoir de sauver un contrat incomplet ou d'adapter un contrat encourant la nullité. Et la jurisprudence des tribunaux judiciaires reconnaît de plus en plus au juge du contrat le pouvoir de réputer non écrites des clauses de contrats ou de prononcer des nullités partielles et de rééquilibrer le contrat.

931 - Cette situation est d'autant plus choquante que le recours en nullité du contrat obéit, pour les parties, à un régime de prescription trentenaire (CE, 9 juillet 1937, *Commune d'Arzon*, rec. p. 680).



appropriées. Il appartiendra donc au juge de clarifier les méthodes à suivre : invitation adressée aux parties en cours de procédure car il y aurait grand danger pour le juge à réécrire lui-même le contrat, indépendamment de la volonté des parties ; invitation à recourir à l'arbitrage ou à conclure une transaction qu'il homologuerait... Le choix est vaste.

- Une des innovations du nouveau code des marchés publics étant l'introduction du procédé de l'accord-cadre⁹³², valable quatre ans, la jurisprudence *Tropic Travaux signalisation* pourrait mettre en péril ce type de marché si elle devait aboutir à permettre à tout concurrent non retenu au départ de faire tomber l'accord-cadre à l'occasion du moindre achat exécuté au cours de la vie du contrat. Une réponse normative ou jurisprudentielle adaptée à cette situation serait donc bienvenue afin que la mise en cause éventuelle de l'accord-cadre soit strictement enfermée dans le délai de droit commun.

Comme l'arrêt *Tropic Travaux signalisation* rappelle par ailleurs qu'une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande de suspension sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, l'articulation de ce recours de plein contentieux avec le référé suspension reste à préciser, sachant que le référé précontractuel est fermé au concurrent évincé qui a choisi le recours direct contre le contrat signé. Mais l'esprit de la jurisprudence *Tropic Travaux signalisation* étant de favoriser la réfection et la poursuite du contrat, la suspension de son exécution, si elle devait désormais dépendre de l'invocation d'un moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité du contrat et de nature à justifier son annulation, devrait logiquement devenir rare car elle paraît peu conciliable avec cette démarche.

13.5.2. Préciser le régime du référé précontractuel

- Pour clarifier les cas de recours à la procédure du référé précontractuel, le Conseil d'État préconise de réécrire l'article L. 551-1 du code de justice administrative⁹³³ afin d'y consolider tous les textes qui en ont étendu le champ au-delà des marchés publics et des DSP : contrats mentionnés à l'article L. 6148-5 du code de la santé publique, marchés mentionnés à l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, concessions de travaux relevant du droit public mentionnées à l'article 11-2 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 dans sa rédaction issue de l'article 40 de l'ordonnance susmentionnée du 6 juin 2005. Cette réécriture s'impose d'autant plus que la nouvelle directive recours du 11 décembre 2007 correspond au champ couvert par les directives 2004/17 et 18, qui est plus large que celui couvert par l'actuel article L. 551-1 du code de justice administrative. Si le champ du référé précontractuel devait s'étendre très au-delà des obligations communautaires, il serait sans

932 - H. Pongérard-Payet et T. Bangui, « La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique », *AJDA*, 2007, p. 1055.

933 - Ce faisant le Conseil d'État ne suggère pas d'unifier la compétence juridictionnelle en matière de référé précontractuel : ce contentieux est judiciaire pour les marchés de droit privé conclus par des personnes publiques et pour les concessions de travaux visées à l'article 11-1 de la loi du 3 janvier 1991.



doute raisonnable de prévoir que les contrats de montant modique échapperaient à l'obligation de respecter le délai minimum de *standstill* de dix jours.

- Le référé précontractuel, compte tenu du formalisme exigé par le droit communautaire et par le droit national en matière de publicité, débouche souvent sur des annulations de contrats pour des vices de pure forme, qui sont en réalité sans aucune incidence sur le contrat (cf. 7.2.3). Pour éviter ces inconvénients, largement soulignés par la doctrine⁹³⁴, la jurisprudence fait volontiers appel à la théorie des formalités substantielles. Le Conseil d'État lui-même s'oriente depuis peu dans cette direction⁹³⁵. Les autorités françaises pourraient, utilement sur ce point, suggérer à la Commission européenne de dresser, à la lueur de l'expérience, un bilan de l'application de la directive de 2004 en vue d'alléger les exigences trop formalistes de l'avis d'appel public à concurrence prévu par son annexe III. Le ministère de l'économie et des finances pourrait, dans l'intervalle, rédiger à l'attention des annonceurs un guide pratique sur la manière de remplir correctement cet avis.
- Dans la droite ligne de la jurisprudence *Tropic Travaux signalisation*, la jurisprudence sur le référé précontractuel pourrait, comme y invite la directive recours du 11 décembre 2007, également évoluer. Dans ce référé, le juge administratif n'opère pas, en tout cas pas explicitement, sauf pour apprécier l'urgence, la balance des différents intérêts en présence⁹³⁶ et s'interdit d'autoriser la passation du contrat. La transposition prochaine de la directive, qui permet dans un tel cas de passer outre à l'interdiction de contracter sous réserve de sanctions de substitution, pourrait être mise à profit pour diversifier les pouvoirs du juge.

13.5.3. Utiliser la procédure de l'avis pour stabiliser rapidement le régime applicable aux nouveaux contrats

La jurisprudence administrative contribuant largement à définir le régime juridique applicable aux différentes familles de contrat administratif, elle doit s'efforcer de dissiper le plus rapidement possible les incertitudes pesant sur les nouveaux types de contrat et en stabiliser le régime juridique. Il serait opportun d'utiliser à cet effet la procédure de l'avis de l'article L. 113-1 du code de justice administrative pour clarifier au plan national les zones d'ombre et cadrer les

934 - Voir par exemple, parmi les plus vigoureuses, G. Eckert, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA*, 2006, p. 240.

935 - Cf. CE, 8 février 2008, *Département de l'Essonne*, requête n° 300275 : le juge des référés d'un tribunal administratif ne commet pas d'erreur de droit en jugeant que des irrégularités substantielles dont il a souverainement apprécié l'existence entachent la procédure de passation d'un marché. Voir aussi CE, 8 février 2008, *Commune de Toulouse*, requête n° 303748 : le juge des référés d'un tribunal administratif ne dénature pas les pièces du dossier en jugeant que l'omission de la mention du délai d'introduction du recours en référé précontractuel affecte de manière substantielle les conditions de publicité de la procédure. La jurisprudence semble aborder la question de la manière suivante : si une mention est requise par l'annexe III de la directive de 2004 dans l'avis d'appel public à concurrence, son absence est regardée comme un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence ; si toutes les rubriques obligatoires sont renseignées, le juge des référés doit apprécier si les inexactitudes ou insuffisances constatées constituent un vice substantiel équivalant à un manquement à l'obligation de publicité et de mise en concurrence.

936 - En réalité, cette balance des intérêts fait partie de l'appréciation de l'urgence mais n'apparaît pas en tant que telle dans le raisonnement du juge des référés.



questions les plus importantes. Cette manière de faire serait particulièrement expédiente pour le contrat de partenariat.

13.5.4. Fiabiliser les méthodes d'interprétation des contrats par le juge

Si les méthodes d'interprétation des contrats par le juge produisent parfois des résultats perçus comme aléatoires, les matériaux dont il dispose sont souvent fragiles, pour ne pas dire inexistantes.

Rien n'est fait pour lui faciliter la tâche : alors qu'il peut se référer aux travaux préparatoires aux lois⁹³⁷ pour essayer de comprendre le contexte, les objectifs d'un texte, ses versions successives et les différentes positions en présence et pour reconstituer avec une relative fiabilité le sens du texte final, rien de tout cela n'existe en matière contractuelle. Faute d'être informé par les parties⁹³⁸, qui n'ont elles-mêmes généralement pas conservé les archives sur les différentes étapes de leurs négociations ou les gardent secrètes pour ne pas être mises en difficulté, le juge doit le plus souvent dégager les solutions en faisant seulement appel à son expérience et à son expertise dans le maniement du langage juridique. Pour les traités internationaux, si la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 donne les règles générales et les moyens complémentaires d'interprétation (articles 31 et 32), il manque souvent les éléments retraçant le point de vue des négociateurs. Il existait dans le passé un dispositif de consultation auprès du ministre des affaires étrangères, qui a disposé jusqu'en 1990 du monopole de l'interprétation des traités⁹³⁹ et qui conserve avec grand soin toutes les archives relatives aux négociations des traités internationaux. Mais rien de tel n'est organisé pour tous les autres contrats administratifs, qui sont très nombreux.

Il serait donc utile d'encourager les collectivités publiques intéressées à conserver les dossiers de la négociation contractuelle pour leurs principaux contrats, qui devraient pouvoir être systématiquement produits devant le juge, ou dont celui-ci devrait pouvoir ordonner la production afin de minimiser les aléas dans l'interprétation des contrats.

D'autres techniques existent pour éclairer le juge, notamment en matière sociale où il n'est pas rare de pouvoir interroger des commissions chargées du suivi et de l'interprétation de l'accord collectif, en un mot des gardiens de la mémoire de l'accord⁹⁴⁰. En droit du travail, l'interprétation d'un accord par une telle commission ne lie pas le juge judiciaire, sauf si la convention collective recon-

937 - Il en va de même pour les décrets en Conseil d'État : les dossiers examinés par les sections administratives contiennent généralement tous les éléments nécessaires pour éclairer ensuite le juge dans l'interprétation du texte.

938 - Élément intéressant car il prend en compte la difficulté d'identifier les accords applicables dans une entreprise, les articles L. 135-7 et 8 du code du travail mettent à la charge de l'employeur l'obligation de tenir à la disposition des salariés sur le lieu de travail ou sur l'intranet un exemplaire à jour du droit conventionnel applicable.

939 - CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, rec. p. 171, concl. R. Abraham, *GAJA*, 13^e édition, n° 104, p. 734.

940 - Le rapport de Virville contenait sur ce point des développements et des propositions intéressants mais la loi du 4 mai 2004 ne les a pas repris.



naît à cette interprétation la valeur d'un avenant. Cette approche pourrait être transposée dans tous les domaines où la conclusion d'un contrat administratif a été précédée de l'intervention d'un organisme consultatif. On pourrait aussi envisager d'interroger les négociateurs d'un accord en cours de procédure.

